

gresso, através de suas Comissões Parlamentares de Inquérito, só encontra limitações às suas investigações, sindicâncias, exames de livros e documentos ou perguntas às testemunhas, quando ultrapassar as fronteiras estabelecidas, de forma óbvia e inequívoca, pela Constituição, no que diz respeito à competência legislativa ou às garantias individuais.

Fora daí, nenhum tribunal pode barrar-lhe as atividades. Se o fizer, estará praticando ato de usurpação e ferindo frontalmente a Constituição da República.

ABUSO DE DIREITO

ALAÔR BRAGA DA SILVA
Advogado no Distrito Federal

A PRÁTICA DO DIREITO

Quando o homem procura alcançar a satisfação dos seus desejos no meio cósmico e ambiente social em que vive, sua atividade é impulsionada pelas grandes tendências biológicas, levando-o a executar uma série de atos de exploração do meio externo, onde ele vai encontrar tudo que acredita interessar à vida, à continuidade da sua existência. A sua vida de relação consiste em *querer*, em *sentir*, em *conhecer*. Vem ao mundo incapaz de bastar-se a si mesmo, por isso vai participar da vida dos grupos sociais. Vai unir os seus esforços aos de seus semelhantes, para satisfação dos seus interesses. Estes não se circunscrevem, apenas, a necessidades vitais da provisão orgânica. Vai além; às necessidades geradas dos hábitos. Daí, sua atenção, dirigindo suas atividades para certo e deliberado propósito, que é, sempre, a linha do maior interesse. Um objeto que lhe parece interessante, convém conservá-lo. Casam-se sujeito e objeto e o homem *quer* conseguiu-lo, age nesse sentido. Como há interesses iguais, com relação ao mesmo objeto, ergue-se entre dois ou mais desejos a sebe de um egismo congênito. Cada um, procurando ser o primeiro a alcançar o bem, a obter maior soma de vantagens sobre o outro, embora certo de acarretar-lhe prejuízo. Surge o conflito, o choque dos interesses individuais, que, facilmente, atingirá as raias da anarquia, da violência, da injustiça, da catástrofe, enfim. E o que teríamos, então? O homem, camartelo da própria sociedade em que vive. O homem, destruindo o homem; o forte engolindo o fraco.

FELIX KREUGER e RECKLESS vêem o homem sob o prisma de duas naturezas: uma *animal* e outra *humana*. A última vai cinzelar-se

no convívio social. Recordamos, aqui, o que disse o Prof. SOUSA FERRAZ, ao se referir à expressão de PARK: “o homem não nasce humano”.

Por esta razão, não se pode confiar ao indivíduo a oportunidade da *auto-satisfação*, da *auto-defesa*, hoje não mais tolerada nas sociedades civilizadas, como disse CHIOVENDA.

Necessário se torna que a sociedade, em seu próprio benefício, lance mão de uma força superior, capaz de dominar, de conter, o conflito entre os interesses individuais da coletividade.

Aí é que aparece o Estado, com a sua finalidade precípua: procurar o bem estar social, por via do emprêgo da força coercitiva, esforçando-se por conseguir a garantia da realização das normas jurídicas, reguladoras daqueles conflitos.

Esta coação, embebida de princípios éticos, surge, então, delimitando, harmônicamente, a atividade voluntária dos indivíduos, como necessidade orgânica da sociedade, ao mesmo passo que regulando as situações jurídicas e garantindo a estabilidade do direito.

Temos, então, no sentido formal, o Estado, como organismo jurídico do corpo social.

O direito como norma de agir

Como o nosso trabalho não pretende ir além do *meio* por que se exercita um direito, deixaremos de encarar este último como *faculdade de agir*, ou como *fenômeno na vida social*, para considerá-lo sob um terceiro aspecto: como norma de agir. Consideremo-lo, desde logo, sob o ponto de vista *objetivo formal*, isto é, da *forma de aplicação das leis aos fenômenos jurídicos*, somente pelo prisma do *modo de procurar em Juízo*, ou melhor, a ação como direito subjetivo, autônomo e abstrato. A ação materialmente considerada. O *jus perseguendi*.

Nestas meia dúzia de páginas, não iremos discutir se esta ou aquela lei tem ou não aplicação a determinado fato, a determinada relação jurídica. Não iremos encarar a lei em sua aceitação, em sua força, mas pelo *meio* por que deva ser invocada.

Não nos interessa o *direito de ação*, mas a *forma da ação*. Iremos considerar situações, até mesmo, daqueles que exercitam atos para os quais não tenha direito algum.

“...a ação, muitas vezes, se propõe sem direito.”

(TEIXEIRA DE FREITAS, *Cons. Int.* XCI).

Estudaremos o direito sob um só aspecto — o *direito em movimento*.

A Justiça não se movimenta, senão pela intervenção ou provocação da parte.

Expondo os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, com clareza, e precisão, o interessado invoca o julgamento, esperando a condenação do litigante a um sacrifício que redundará em seu benefício. Vai movimentar o aparelho judiciário, para que este se manifeste sobre o mérito do que acredita ter direito. O agente, então, passa a exercer uma função, que consiste em provocar a atividade jurisdicional do Estado — o *exercício do direito de acionar*.

O exercício do direito de acionar

O autor (*de actor, agens*) é a pessoa que pede em juízo que se lhe julgue algum direito, de que se diz titular.

Todos podem demandar em juízo, segundo o princípio constitucional consagrado no parágrafo 4.º do art. 141 da Constituição Federal.

Este movimento do agente consiste naquele acidente que se denomina *ação*, pela qual o preceito comum, a lei produz efeito pela declaração de uma autoridade ou de um corpo encarregado da administração da Justiça. *Actio est acidens, quo mediante, substancia producit effectum*.

“A todo direito corresponde uma ação que o assegura”, consagra o Código Civil em seu art. 75. No exercício dos meios de defesa o autor, geralmente, pede, tão só, aquilo que lhe deve o réu; aquilo que é suscetível de reconhecimento judicial.

Muitas vezes, porém, o indivíduo provoca inutilmente, a atividade jurisdicional do Estado. Quando pede mais do que lhe é devido, ou quando pede o que não lhe é devido — quer em relação ao objeto, quer em relação ao termo, está sujeito a incidir em responsabilidade, que se estabelece, segundo o grau da malícia ou da ilicitude. Aqui, a ação é *ilegítima*. O autor está procedendo contrariamente ao direito, porque tem em vista causar vexames e prejuízos ao réu. O Estado, porém, está vigilante, contra o *improbis litiga-*

tor, fornecendo ao prejudicado os meios de conseguir ressarcir seus prejuízos, em conseqüência da *lide temerária*.

Nas *Ordenações Philippinas*, Livro Terceiro, nos Títulos XXXIV, XXXV e XXXVI, já se tratava da *lide temerária*:

XXXIV — *Do que demanda em Juízo mais do que lhe é devido.*

Todo o que demandar outro em Juízo sôbre aução pessoal por qualquer dívida, que lhe deva, se demandar maliciosamente mais do que na verdade lhe é devido, vencerá sômente aquella parte, que provar ser-lhe devida, e o réo será absoluto na parte, em que se mostrar não ser obrigado; e quanto às custas, será o autor condenado em ellas em tresdobro na parte, em que o réo fôr absoluto, por demandar maliciosamente o que lhe não era devido, e o réo será condenado sômente nas custas singelas daquella parte, em que fôr condenado. Porém, se o autor antes da *lide* contestada se descer de demandar o que assi pedia mais do que lhe era devido, podêl-o-ha fazer, sem ser condenado em custas em dobro, nem tresdobro, mas pagará as custas singelas, que atéli foram feitas, da parte, que couber à quantidade, de que se desceu, quando de todo se não descer da dita demanda. E se se descer de tôda a demanda, será condenado em tôdas as custas singelas. E quando o demandador por ignorância, ou simpleza sem outro engano e malícia, demandar ao réo em Juízo mais do que lhe fôr devido, será condenado nas custas singelas, ou em dobro, segundo a simpleza, ou culpa, em que fôr achado.

1. Porém, se o réo provar que o autor com engano o fez obrigar por *scriptura pública*, o perante testemunhas, em mais, do que na verdade lhe devia, se o autor por tal obrigação assim enganosamente feita, demandar o réo em Juízo, o réo seja absoluto, assim do que na verdade for devido, como do mais que por engano foi acrescentado. E postoque depois de citado o réo, se queira o autor arrepender, não deixará de incorrer na dita pena. E se além do dito engano entrar simulação, incorrerá

nas penas conteúdas no Livro quarto, Título (71): *Dos contratos simulados*.

XXXV — *Do que demanda seu devedor antes do tempo, a que lhe é obrigado.*

Se alguma pessoa for obrigada a outra em alguma to, ou por palavra contra ella, antes de vir o tempo, ou condição, em que lhe he obrigado fazer, ou pagar alguma coisa (quer o réo pareça em Juízo per si, ou por seu Procurador, quer não), tal pessoa não será recebida em Juízo a fazer tal demanda e, pagará ao citado as custas em dobro, que lhe fez fazer. E se depois que o dito tempo, ou condição vier, o quiser tornar a demandar por o mesmo, não será a isso recebido, sem primeiro pagar as ditas custas, se já lhas não tiver pagas. E além disto, haverá o réo todo aquelle tempo, que faltava, para haver de ser remandado, quando o autor primeiramente o demandou, com outro tanto.

XXXVI — *Do que demanda o que já em si tem.*

Se alguma pessoa for obrigada a outra em alguma divida, e lha pagou tôda, ou parte dela, e o que a recebeu, demandar outra vez o que tem já recebido, e lhe for provado, se já o autor condenado, que torne ao réo em dobro tudo o que d'elle já tinha recebido, com as custas em dobro; ou se lhe ainda é devedor em alguma parte da divida, desconte-lhe della o dito dobro, se aquillo, que lhe ainda dever para isso bastar; e não abastando, pague-lhe o autor per seus bens. Porém se o autor antes da *lide* contestada se quiser descer do que assim pedia, que já em si tinha podê-lo-á fazer sem pena algumas, sômente pagará as custas em dobro à parte, que lhe fez fazer, até se descer da demanda.

E postoque no fim de sua ação, ou petitório do libello, depois de declarar a coisa certa, que pede proteste, ou diga que levará em conta tudo o que o réo mostrar, que tem pago, mandamos que a tal cláusula, ou protestação o não possa escusar da dita pena do dobro e custas, se se achar que na quantidade certa, que declarou, pedia o que em si tinha.

Vimos, assim que já em 1.603, em Portugal, eram confirmadas disposições relativas ao abuso do direito de demandar.

As *Ordenações Phillipinas* que reformaram as *Ordenações Manuelinas* e estas, as *Affonsinas* (1.446) constituíram o fundo do direito civil português e éste, por sua vez, o nosso.

Conseqüentemente, a repressão ao uso malicioso e imponderado do direito, para nós, veiu com as leis, ou melhor “com as Ordenações e Leis do Reino de Portugal, recompiladas por Mandado del rei D. PHILLIPPE O PRIMEIRO”, porque esta a primeira legislação que se applicou no Brasil.

No entanto, a velha Roma, há 18 séculos, tratava do mesmo assunto.

JUSTINIANO PRIMEIRO (Flávio Anício Juliano) Imperador romano do Oriente, em 527 nomeou uma comissão de jurisconsultos — TRICONIANO, TEÓFILO e DOROTEU para se encarregarem de duas grandes obras e mais tarde de uma mais, que formaram o Corpus Juris Civilis.

Vejamos as *Institutas*:

GÁIO, nas suas *Institutas*, que serviram de base às de Justiniano, já ordenava, no século II:

“Nunc admonendi sumus, ne facile hominines ad litigandum procedant, temeritatem tam agentium quam eorum cum quibus agitur modo iurisiurandi religione modo metu infamiae coerceri; eaque praetor quoque tutor. Et ideo in edicto adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut depensi aut damni iniuriae aut legatorum per dominationem relictorum nomine agitur; ex quibusdam causis sponsonem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta; sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidia. Quod si neque sponsionis neque dupli actionis periculum ei cum quo agitur iniungatur, ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit quidem ab initio iniungatur, simpli sit actio, permittit praetor iusiurandum exigere NON CALUMNIAE CAUSA INFINITIAS IRE. Unde quamvis heredes, vel qui heredum loco habentur, simpli nec amplius obli-

gati sint, item feminae pupillique eximantur periculo sponsionis, iubet tamen eos iurare. Statim autem ab initio pluris quam simpli actio esta veluti furti manifesti dupli, concepti et obliti tripli. Nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio”.

“Actoris quoque calumnia coercetur modo caluniae iudicio, modo contrario, modo iureiurando, modo restitutione.

Et quidem caluniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partit, praeterquam quod adversus adsertorem tertiae partis est.

Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere, NON CALUMNIAE CAUSA AGERE. Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur, veluti si iniuriarum agatur, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse, et si quis eo nomine agat, quod dicat se a praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. Sed adversus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur, adversus vero duas istas quintae.

Severior autem coercitio est per contrarium iudicium. Nam calumniae iudicio decimae nemo damnatur nisi qui intellegit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis; calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimem. Contrario vero iudicio omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere. 179. Utique autem ex quibus causis contrario iudicio agi potest, etiam caluniae iudicium locum habet; sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. Qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium non dari debet. Restipulationis quoque poena ex causis fieri solet; et quemadmodum contrario iudicio omni modo condemnatur actor, si causam

non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita etiam restipulationis poena omni modo damnatur actor, si vincere non potuerit.

Qui autem restipulationis poenam patitur, ei neque calumniae iudicium opponitur nec iurisiurandi religio iniungitur; nam contrarium iudicium ex his causis locum non habere palam est.

Quibusdam iudiciis damnat ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum iniuriarum, item pro socio, fiducia, tutelare, mandati, depositi. Sed furti aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum non solum danati notantur ignominia, sed etiam pacti, ut in edictor praetoris scriptum est; et recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit. Nec ta en pulla parte edicte id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit; sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognotorem dare procuratorem ve habere, item procuratorio aut cognitório nomine iudicio intervenire, ignominiosus esse dicitur.

A versão que se segue dêsse texto latino para o português não é do autor. É tradução do emérito professor ALEXANDRE CORREA, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica da mesma cidade, às fls. 285/7 do seu monumental trabalho intitulado *Manual de Direito Romano* (2.º vol), ed. de 1951:

“Reprime-se a temeridade, não só dos autores como também dos réus, ora mediante penas pecuniárias, ora pelo juramento religioso, ora pela ameaça de infâmia. A pena pecuniária o pretor a institui em certos casos contra os réus recalitrantes, sob a forma de uma ação em dobro (dupla), como por ex. nas ações *judicati* (de coisa julgada), *depensi* (de quantia paga), de dano injusto, de legados per *domnationem*. Em outros casos, como nos de *pecunia credita* (quantia certa emprestada) e *pecunia constituta* (constitudo), permite-se fazer *sponsio*, mas na acção *certae creditae pecuniae*, a *sponsio*, nem de condenação em dobro e se desde o seu início a ação for simples, o pretor permite se exija o juramento de NÃO

CONSTAR MALICIOSAMENTE. Portanto, embora os herdeiros ou os que estão em lugar dêles, bem como as mulheres e os pupilos se eximam ao risco da *sponsio* (a não ser que se obriguem por fato próprio), o pretor ordena-lhes. Isso, não obstante o juramento.

A ação é, desde o início, de valor superior ao dano sofrido, como, por exemplo, na ação de furto manifesto, que é no quádruplo; na de furto não manifesto, em dobro; de furto *concepti e oblati*, do triplo. Pois nestes casos e ainda em outros, o valor da ação é superior ao dano sofrido, quer a parte negue quer confesse.

Também a má-fé por parte de autor é reprimida, ora pela ação de malícia, ora pela contrária, ora pelo juramento, ora pela reestipulação.

O processo de malícia aplica-se contra tôdas as ações e na décima parte do valor da ação, sem contar que o processo contra o *adsertor libertatis* é na terça parte de valor da ação.

Fica ao arbítrio do réu opôr ao adversário o processo da malícia ou exigir dêste juramento de não agir com intuito doloso.

O processo chamado *contrário* instituiu-se em certos casos; por exemplo, quando se age por injúrias, ou contra uma mulher, alegando-se que, imitada na posse, no interesse do nascituro, transferiu dolosamente, essa posse a outrem; ou ainda quando alguém age alegando ter sido imitado pelo pretor na posse, não podendo entretanto exercê-la, por impedimento de outrem (*ab alio quo*). Porém a ação contra injúria é na décima parte do valor da ação direta; e as ações contrárias às duas últimas são na quinta parte do valor das ações diretas.

A repressão é mais severa no processo chamado *contrário*. Pois no processo de malícia, ninguém é condenado na décima parte, que não reconheça ter agido dolosamente, propondo a causa com intuito vexatório, esperando vencer mais por efeito de êrro ou injustiça do juiz do que pela verdade das alegações; pois o crime de malícia, como o de furto reside na intenção, mas o autor é sempre condenado no processo contrário, não se provando a causa,

embora, induzido por alguma opinião, acredite estar agindo legitimamente.

Em todos os casos nos quais se pode propor a ação contrária, pode-se também agir por malícia, porém só se admite a propositura de uma ou outra das ações. Por onde, obtendo o réu o juramento de que o autor não agirá com intenção dolosa não se lhe deve dar o processo contrário, por não caber processo de calúnia.

Em certos casos aplica-se também a reestipulação penal; e assim como, no processo chamado contrário, o autor é sempre condenado, não provando a causa, sendo irrelevante indagar da sua boa-fé, assim também, pela reestipulação penal, o autor que não consegue vencer é sempre condenado.

Contra quem sofre a reestipulação penal não se lhe pode propor a ação de malícia, nem reclamar o juramento religioso; pois é evidente que em tais casos não se aplica o processo chamado contrário.

Os condenados em certos processos se tornam infames; por exemplo, nos processos de furto, roubo (*vi bonorum raptorum*) injúrias e também nos de sociedade (*prosocio*), fidúcia, tutela, mandato, depósito. Mas, nas ações de furto, roubo, ou injúrias não só os condenados, como também os cúmplices são notados de infâmia como está escrito no édito do pretor; e com razão, pois há grande diferença entre ser devedor por causa delitual ou contratual. Em nenhum lugar do édito se declara de modo expresso seja alguém notado de infâmia; porém, como se diz vulgarmente, é infame aquêle ao qual se proíbe postular em nome de outrem, dar *cognitor* ou ter procurador, intervir em juízo, na qualidade de procurador ou *cognitor*.

Passemos, agora, às Institutas de JUSTINIANO:

De poene temere litigantium

Nunc admonendi sumus magnam magnam curam egisse eos, qui iura sustinebant: quod et nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium quam eorum, cum quibus ageretur, modo pecuniaria

poena, modo iurisiurandi religione, modo metu infamiae coercetur.

1. Ecce enim iusiurandum omnibus qui conveniuntur ex nostra constitutione defetur: nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius iuraverit, quod putans se bona instancia uti ad contradicendum — pervenit. At adversus infitiantes ex quibusdam causis dupli vel tripli actio constituitur, veluti si damni injuriae aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agitur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli: nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque coercetur: nam etiam actor pro calumnia iurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati iusiurandum subeunt, quodalia nostra constitutione comprehensum est.

Haec autem omnia proveteris calumniae actione introduct sunt, quae in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabatur quod musquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est et praefatum insiurandum et ut improbus litigator etiam damnum et impensas litis inferre adversario sua cogatur.

2. Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi sunt, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur, sed furti quidem aut vi bonorum raptorum aut iniuriarum aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pactiet recte; plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit.

3. Omnium autem actionem instituendarum principium ab ea parte edicti profisciscitur, qua praetor adicit de in ius vocando: utique enim in primis adversarius in ius vocandus est, id est ad eum vocandus est, qui ius dicturus sit. Qua parte praetor parentibus et patronis, item liberis parentibusque patronorum hunc praestat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in ius vocare,

quam si id ab ipso praetore postulaverint et si quis aliter vocaverit in eum poenam solidorum quinquaginta constituit”.

Tradução, ainda do mesmo Professor ALEXANDRE CORREA, *Manual de Direito Romano*, vol. 2.º, págs. 631/2:

Da pena dos litigantes temerários

“Cumpre agora advertirmos que os criadores do direito tiveram muito cuidado em que os homens não movessem demandas facilmente; em que também pomos estudo. E isto pode conseguir-se mui facilmente reprimindo-se a temeridade tanto de autores como de réus, ora com uma pena pecuniária, ora por um juramento religioso, ora pelo medo à infâmia. 1. Por isso, uma nossa constituição manda deferir juramento a todos os réus; pois, o réu não expõe as suas alegações sem antes ter jurado que veio se opor julgando ter uma boa defesa. E contra os não confessos se constitui, em certos casos, uma ação do dobro ou do triplo; p. ex., se se demanda por dano injusto ou por causa de legado deixados a lugares veneráveis. A ação é, desde o início, de mais que o equivalente, p. ex., do quádruplo, no caso de furto flagrante; do duplo, se o furto foi flagrante; pois, nestes casos e em alguns outros, que o réu negue que confesse, a ação é de mais do equivalente. Por outro lado, também se reprime a calúnia do autor; pois a nossa constituição também manda o autor prestar o juramento de calúnia. E uma outra constituição nossa estabeleceu que também ficam sujeito ao juramento os advogados de ambas as partes. Tôdas estas disposições foram introduzidas para substituir a ação de calúnia dos antigos, caída em desuso, porque multava o autor no dízimo do valor da lide, o que nunca soubemos se praticasse. Em lugar dessas medidas foi introduzido não só o referido juramento, como também se obrigou o litigante mal-doso a pagar ao adversário o prejuízo e as custas da lide. 2. Em algumas ações os condenados se tornam infames; p. ex., na de furto, na de roubo, na de injúrias, na de dolo; e ainda nas de tutela, mandato, depósito (nas dire-

tas, não nas contrárias); também na de sociedade, direta para ambas as partes, qualquer dos sócios condenados é notado de infâmia. Mas nas ações de furto, de injúrias ou de dolo, os réus são notados de infâmia, não só quando condenados mas também quando transigem; e com razão, porque importa muito distinguir entre ser alguém devedor por delito ou por contrato. 3. O princípio da instituição de tôdas as ações deriva da parte do edito onde o pretor dispõe o chamamento a juízo. Pois, por certo, o adversário deve antes de tudo ser citado, i. é. intimado a comparecer perante o que há-de dizer o direito. Nessa parte o pretor confere aos ascendentes e aos patronos, bem como aos descendentes e ascendentes e descendentes, dos patronos e patronas, a honra de não poderem os descendentes e os libertos citá-los a juízo sem primeiro o pedirem e impetrarem ao pretor; se algum dêles os chamar a juízo de outro modo, momina-se-lhe a pena de cinquenta sólidos”.

O abuso do direito nos tempos modernos

Já vimos que para os juristas romanos o ato abusivo era um ato intencional; exclusivamente um ato malicioso.

Nos tempos modernos, porém, notadamente, de uns 46 anos para cá, o critério do abuso do direito passou a ser, a um só tempo, social e teleológico, um ato antifuncional, contrário ao espírito do direito, com suas raízes no elemento moral.

No intrincado problema da relatividade dos direitos, os povos tomam diferentes posições. Alemanha, Suíça, China, Áustria, a Rússia e outras nações, podem ser consideradas como pertencendo ao primeiro grupo que tem o abuso do direito como regra escrita.

Há o segundo grupo, daqueles que não o tendo escrito, submetem à aplicação do direito aos preceitos da teoria, como sejam a França, a Bélgica, a Itália, a Espanha etc.

No terceiro grupo estão os países sectários do absolutismo do direito, os que resistem à noção da relatividade: Inglaterra, Estados Unidos da América do Norte e outros.

Na Alemanha é nulo o ato com que o agente, intencionalmente, contrariou os bons costumes. Não vai além disso. Prevalece, ainda, na grande nação germânica o espírito romano. Só na intenção é

que se poderá descobrir o verdadeiro sentido do abuso do direito. Qualquer dúvida, por menor que seja, em relação à legítima intenção do litigante, exclui a sanção.

Na Suíça, a prova da intenção não é rigorosa. Basta concluir que o agente se excedeu no exercício do direito, a ponto de causar um prejuízo a outrem. Prende-se mais à objetividade.

Na China, não se vai rebuscar o fim secundário que o agente tinha em vista, mas, tão só, a intenção de prejudicar. Do sêgrêdo psicológico é que vão tirar o intuito moral da ação.

A Áustria — que até 1916 nada dispunha com relação à realidade dos direitos — passou, na reforma do art. 1.295 do seu Código Civil, a adotar uma disposição, pela qual todo aquêle que exorbitasse dos seus direitos, com ofensa aos bons costumes, com evidente intenção de prejudicar, era obrigado a indenização à parte contrária.

Para a Rússia, o abuso do direito não assenta no critério intencional, mas na significação econômica e social que o ato produziu.

Para os soviets, sempre que o cidadão invoca um direito, o exercício dêste, por individual que seja, vai preencher uma missão coletiva. Se desviar-se do caminho do direito, da moral ou do bom senso, embora o faça com ou sem malícia, está abusando do direito e não pode merecer a proteção legal.

Para os autores franceses, cuja diretriz a nossa jurisprudência vem adotando, segundo CLÓVIS BEVILÁQUA e o desembargador SA-BOIA LIMA, o abuso do direito assenta na má-fé e na culpa quase dolo.

Para RENÉ DEMOGUE o abuso do direito se caracteriza, desde o momento em que ficar provada a intenção de prejudicar, ou ainda, quando o agente procedeu com um êrro grosseiro, equivalente ao dolo. (*Reparation civile des delits e Traité des obligations en général*)

Para GEORGES RIPERT, todo o direito exercido com a deturpação dos seus fins sociais, ou quando imoral o caráter da intenção do *improbis litigatur* — gera responsabilidade, por isso que houve abuso no exercício da sua atividade. (*Abuso ou relatividade do direito*)

Já, na tradução de OZÓRIO DE ALMEIDA, 1.º volume, n.º 89, RIPERT em “la règle morale dans les *obligations civiles*” — escrevia: “o que legitima o ressarcimento de danos é o exercício de ma-

neira anormal do direito e êste exercício abusivo, que dá causa a ressarcimento de danos, não é somente um problema de responsabilidade, mas uma questão geral de moralidade.”

LOUIS JOSSE RAND no seu monumental trabalho *De l'esprit des droits et leur relativité* — estuda em quatro categorias os diferentes critérios em que os tribunais franceses se apoiam.

- 1.º) critério *internacional*
- 2.º) critério *técnico*
- 3.º) critério *econômico*
- 4.º) critério *social ou finalista*.

Referindo-se ao primeiro, escreve JOSSE RAND que “a intenção de prejudicar representa, tradicionalmente, a forma típica, o elemento normal do abuso do direito”. Esta função do conceito do abuso é de tal modo importante e necessário, que muitos autores lhe têm atribuído um valor exclusivo, para verem na intenção de prejudicar, o único sintoma denunciador e constitutivo do abuso. E assim JOSSE RAND reconhece que a jurisprudência da sua pátria, embora sem se mostrar tão exclusivista, sempre esbarra nessa pedra de toque, quase infalível — *l'intention de nuire*. E antes de passar ao segundo critério, examina o primeiro (critério intencional) em face dos diferentes direitos, notadamente a propriedade, as hipotecas, o recurso às vias legais, etc.

No n.º 268 escreve o consagrado autor francês:

“dans le langage de nos tribunaux comme dans la doctrine de nos auteurs, l'intention de nuire constitue la pièce maitresse du système à qui elle donne son aliment ordinaire. Et certes, s'il est un but essentiellement et constamment antisocial, c'est bien la poursuite du malheur, de l'infortune, de l'appauvrissement de notre prochain; les droits, prérogatives sociales, qui sont établis pour réaliser la paix sociale et pour assurer un juste équilibre des intérêts en présence, ne sauraient être mis au service de la malice, de la méchanceté, de la malfaisance; leur origine, leur essence, leur finalité s'opposent irréductiblement à jouer ce rôle impie et derisoire par quoi ils se renieraient eux-mêmes; l'acte accompli sous le coup de la volonté de nuire ne doit pas bénéficier de la protec-

tion légale, encore qu'il se présente hypocritement ou ciniquement sous l'exercice d'une faculté légale: *summum jus summa injuria*.

Quanto à segunda categoria — critério técnico — JOSSERAND considera como abusivo o exercício do direito por aquêles que o faz imprudentemente, sem a precaução ordinária, por desleixo, excedendo os seus justos limites.

Entende que a *fala na execução* não constitui sempre um fator original, e isolado no conceito do abuso, mas se une, algumas vezes, com o que perde a sua individualidade.

A falta *grave* é vizinha do dolo, emparelhando o valor da sua nocividade.

Quanto à falta *simples*, enquadra-a no critério econômico, a ser referido linhas adiante.

Ali aparece a intenção, porém só a da execução do ato, não é de causar dano.

Cita o caso de quem, involuntariamente, pratica um ato nocivo ao seu vizinho, que sofre um prejuízo, cuja reparação afetará a sua economia.

Assim, também, comete falta *leve*, mas bastante para caracterizar o abuso aquêles que opõe uma recusa injustificada a um acôrdo, cuja tentativa amigável se pretendeu.

Da mesma forma — exemplifica JOSSERAND — quando se promove uma penhora excessiva, ou se propõe uma lide temerária, ou quando agimos por mero capricho, ou ainda, precipitadamente.

Nestes casos, os tribunais franceses chamam à responsabilidade os responsáveis por essas faltas.

Também são responsabilizados por abuso de direito os autores que propõem recursos legais em que faltam à delicadeza, à moderação ou à oportunidade, como também os que cometem um erro na execução de uma tarefa, a que chamam *erro de técnica*.

O necessário, é que essas faltas fiquem nitidamente caracterizadas. Uma falta *sui generis*, uma falta especializada, que assenta na ostilização de um direito contrariamente, ao seu espírito, sem que prevaleça a distinção entre falta *lata*, *leve* e *levíssima*.

Quanto à terceira categoria — critério econômico — assenta na falta de legítimo interesse.

Acentua JOSSERAND, que a caracterização do abuso, através dêsse critério, inspirou-se na famosa definição do direito proposta por IHERING, onde êle via “interesses juridicamente protegidos”.

Se o titular de um direito exerce sua prerrogativa sem lhe antepor um interesse legítimo, ou se o faz fora de qualquer interesse, é porque está fazendo mau uso do direito e não pode merecer a tutela jurídica.

O interesse legítimo, é, pois, o fundamento e a medida do exercício do direito.

“Sans intérêt, pas d'action” e, conseqüentemente, “sans intérêt, pas de protection juridique”.

Busquemos, agora, em JOSSERAND, no seu precioso trabalho, a palavra de outros tratadistas.

Já PARDESSUS não permitia “usar de um direito, sem utilidade para o seu titular e de um modo nocivo a outrem” (*Traité des servitudes*, 8.^a edição, pág. 51).

Para M. SOURDAT, há responsabilidade do agente, quando ocorre “dano resultante do modo particular de exercer um direito sem utilidade para o autor, ou que poderia ser evitado”. (*Traité général de la responsabilité*, 6.^a edição T. I, n.º 440).

Para RAIMOND SALEILLES:

“O abuso de direito reside no exercício anormal do direito, exercício contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo, exercício reprovado pela consciência pública e ultrapassando, por conseguinte, o critério do direito, por isso que, sob o ponto de vista social, todo direito é relativo”. (*Étude de l'obligation*, 2.^a ed., pág. 371).

M. CHARMONT reconhecia que:

“a determinação do fim econômico social do direito exercido, pode ser um melhor critério que a intenção de prejudicar”.

M. GENY determinava que:

“a medida justa e verdadeira dos direitos individuais só se descobre, através o exame do fim econômico e social e

comparando a sua importância com a dos interesses que elle contraria”.

M. BARTIN ensinava que:

“O exercício de um direito pode tornar-se ilegítimo, quando não atende mais ao interesse, em razão do qual é reconhecido pela lei, qualquer que seja, aliás, o móvel, malicioso ou não, que elle tenha em vista”.

No seu *Traité des obligations en général*, — tit. IV, n. 682, escreveu RENÉ M. DEMOGUE:

“dés qu'un acte objectivement apparait comme présentant pour son auteur un intérêt sérieux et licite, cet acte n'est pas un abus de droit, jusqu'à preuve d'une action accomplie uniquement pour nuire”.

E agora, com a palavra JOSSERAND, dando-nos uma explicação a que chama de “sedutora” (sic):

“Dans l'immense majorité des cas, elle cadre avec la réalité, les droits n'étant, nous le savons, que des prerogatives à intérêts limités; nous la jugeons cependant insuffisante, inégale au problème qu'elle prétend résoudre et dont elle ne présente pas toute l'ampleur, spéciale et pertinente pour les droits à fondement égoïste, tels que la propriété, elle cesse de valoir pour les facultés altruistes, telles que les puissances familiales ou le droit d'exterioriser sa pensée, ou lesquelles l'égoïsme du titulaire n'est plus sauveur, mais bien dirimant; car c'est précisément lorsque le père de famille exerce ses pouvoirs dans son intérêt personnel qu'il en abuse, et de même pour le critique qui doit prendre en considération les intérêts du public et non son bénéfice immédiat, que doit se conformer à l'esprit de la profession plutôt qu'à son égoïsme individuel: l'intérêt ne peut servir de pierre de touche pour l'exercice des facultés désintéressées, des droits qui sont inhérents à la fonction et qui, comme tels, se doublent de devoirs correspondants: un médecin, un avocat ne sauraient se soustraire à toute responsabilité en alléguant

et en prouvant qu'ils ont agi dans le souci de leurs intérêts personnels.

On répondra à cela que l'intérêt envisagé n'est point nécessairement l'intérêt *legitime*, lequel peut être différent et extérieur à sa personnalité. Mais alors on donne à ces expressions un sens inusité au point de devenir impropre; dans le langage juridique comme dans le langage courant, le mot “*intérêt*” évoque une idée d'utilité personnelle à l'agent; dire que le titulaire d'un droit doit en user en vue d'un intérêt légitime, c'est dire implicitement et par cela même qu'il doit avoir en vue ses propres intérêts, ce qui est assurément faux par le mari, le père de famille, le critique ou le médecin. L'exactitude de cette observation apparait plus littéralement encore si l'on envisage des droits que confinent à la fonction: en disant que l'Administration doit exercer ses pouvoirs dans un intérêt légitime, ou bien on parle pour ne rien dire, ou bien on fait allusion à l'intérêt de la fonction; on vise ainsi, en des termes impropres, l'esprit même de cette fonction; car c'est là la véritable formule et le véritable critère de l'abus: l'esprit, le but de l'institution. La notion de l'intérêt, purement économique, purement matérialiste, ne cadre pas avec tous les droits; elle se trouve dépaylée lorsqu'on veut l'appliquer aux prerogatives à ressort altruiste et aux fonctions; au lieu que tout droit, quel qu'il soit, public ou privé, à ressort égoïste ou à base altruiste, correspond à une finalité, à un but, dont le titulaire ne saurait s'écarter sans commettre un détournement, un abus.

Nous arrivons ainsi au dernier et véritable critère de l'abus, celui qui est tiré du détournement du droit par rapport à sa fonction sociale, quelle qu'elle soit, économique ou morale, égoïste ou désintéressée”.

Josserand e o critério finalista

Veamos, agora, dos quatro critérios examinados, em qual deles JOSSERAND vai encontrar toda a verdade; por qual deles vai conseguir o instrumento que melhor se ajuste ao fenómeno jurídico de que se trata.

Acompanhemos JOSSEKAND e observemos a razão por que aponta o quarto critério como o melhor.

Encarando a finalidade dos direitos, ou seja, sua função em relação ao fim, pondera que, quando a sociedade reconhece prerrogativas e direitos, tais como os de família, os de administração, os altamente egoístas, como os de propriedade, os de obrigações e até mesmo aquêles de caráter altruísta — não o faz para ser agradável aos seus titulares, mas com o fim exclusivo de assegurar a própria conservação.

Sempre que ela coloca o egoísmo individual a serviço da comunidade, dêle está se utilizando em seu benefício.

O elemento homem, como parte integrante de um todo que é a sociedade, dela não pode ser diferente. Da mesma forma que as peças do motor contribuem para o seu perfeito funcionamento, o elemento participa da essência do organismo social, emprestando-lhe o seu quinhão, a sua parte contributiva.

O fim do organismo social assenta no interesse dos seus componentes, como observou IHERING. Com efeito, operando em favor do próprio interesse, está trabalhando em favor da coletividade.

É o egoísmo individual a serviço da comunidade. Por isso, afirmou JOSSEKAND que “o egoísmo acaba por edificar o mundo; visto como cada egoísmo concorre ao fim de tudo, “é de toda evidência que cada um dos nossos direitos subjetivos deve ser orientado no sentido de alcançar êsse fim; cada um dêles tem sua missão própria a desempenhar, o que importa em declarar que cada um dêles deve realizar-se de conformidade com o espírito da instituição; realmente, numa sociedade organizada, os pretendidos direitos subjetivos são como direito—função; devem ficar no plano da função aos quais correspondem, porque, então, o seu titular comete uma alteração, um abuso de direito; o ato abusivo é o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito, à sua finalidade”.

Assim, vemos que JOSSEKAND doutrina que os direitos subjetivos, sendo um direito—função, não podem sair do campo restrito às funções a que se traçaram, porque se assim não fôr, o seu titular descamba para a prática de um ato abusivo, que define como o ato contrário ao fim da instituição, contrário ao seu espírito, à sua finalidade”.

Considera êsse critério, ao mesmo tempo, *social e teleológico*, adotado quer implicitamente, quer em termos expressos. Implicitamente,

porque, englobando os demais critérios, todos tirados da intenção de prejudicar, ou da falta ou defeito de interesse, esta intenção é abusiva, porque, intrinsecamente, anti-social, anti-funcional.

Os tribunais franceses emprestam um valor decisivo ao critério finalista, sempre que o invocam, para pesquisar o “porque” do direito exercido, o que acontece quando investigam o *motivo legítimo* e, dessa forma, “afogam a noção do abuso na mais larga da relatividade dos direitos” — no dizer de L. HUGUENEY. Para isso, em casos determinados, confrontam, com a função e o espírito do direito, a direção que lhe é imprimida.

Por êste critério tiram resultados práticos na dedução do abuso.

Depois destas considerações, cumpre examinemos a concepção finalista, teleológica do abuso, segundo alguns autores.

LAUREN, depois de explicar que os direitos são conferidos por força da missão que nos cumpre realizar no mundo em que vivemos, concluiu que tais direitos sofrem um desvio na trilha do fim que se tem em vista, desde o instante em que passam a ser exercidos mal-dosamente.

DEMOUGUE, com justa razão, considerado o mais respeitável civilista francês, condenava o exercício do direito que não obedecesse aos meios admitidos pela lei, ou pelos costumes.

Pela mesma forma, RIPERT, adotando a concepção finalista, aconselhava, para o futuro, que só pelos costumes, ou pelos meios admitidos pela lei é que o direito deveria ser exercido e, desde então, pugnava por que “a técnica jurídica viesse a tornar mais elásticas na apreciação dos fins atingidos no exercício dos direitos”.

PORCHERAT, em sua tese de doutorado, situava o critério do abuso no afastamento do direito da sua função normal e escrevia:

“abusa-se de um direito quando, ficando em seus limites, visa-se um fim diferente daquele que o legislador teve em vista”.

Esta concepção finalista e funcional do abuso mereceu de JOSSEKAND as seguintes considerações:

“ela é capaz de dar conta das decisões jurisprudenciais como de bastar às aspirações da nossa sociedade, para um arranjo mais equitativo, mais social da vida jurídica;

tem, além disso, êste mérito de assegurar um paralelismo constante entre a noção civilista do abuso e a noção administrativa do afastamento do poder, cujo caráter teleológico é certo.

É evidente que o acusaram de ser muito vago e de prestar-se ao despótico; com ela o juiz deve prescrutar as consciências, procurar a que móvel o agente obedeceu, quando exercita o seu direito e comportar-se como um inquiridor. Mas esta crítica não é essencial à concepção finalista, pela qual nos pronunciamos; vimos que ela é dirigida contra a tese do abuso e, à fôrça de querer muito provar, não prova grande coisa, assim que o julgamos ter estabelecido. É preciso notar, aliás, que em nossa concepção e no sistema jurisprudencial, o abuso não é, necessariamente, uma pura questão de móvel, como se supõe, quando se protesta contra a concepção finalista; a prova é que êste abuso pode ser constituído por uma simples culpa e também pelo caráter anti-econômico do ato cumprido; o que o juiz deve procurar é menos o móvel a que obedeceu o agente, que a direção que imprimiu ao seu direito, o uso que dêle fêz. Se esta direção e êste uso forem incompatíveis com o espírito da instituição, o ato é abusivo e gera responsabilidade. Como mostraremos, a tese da relatividade dos direitos, tal como o concebemos, se apresenta, ao mesmo tempo, sôbre um plano subjetivo e sob um ângulo objetivo.

A tarefa do juiz não é, pois, tão árdua, nem tão temível, quanto se quer supor; é, — aliás, grandemente, facilitada pelo emprêgo de um processo técnico precioso, do qual os nossos tribunais fazem uso constante: o *motivo legítimo*".

O abuso do direito

Chegamos a uma altura em que, sem aferrado apêgo às teorias, entraremos no campo prático, encarando a maneira por que os nossos juizes o entendem e adotam.

Como sabemos, a jurisprudência varia conforme o entendimento peculiar de cada julgador, às vezes é vacilante, nem sempre uni-

forme, decidindo por critérios diferentes e, até mesmo, opostos, espécies jurídicas perfeitamente idênticas.

Procuraremos, então, selecionar o que, de melhor, nos levará à direção dominante.

Todo aquêle que possui um direito, isto é, o sujeito ativo do direito, possui, também, por si ou mediante representação, os meios necessários com que possa tornar efetivo o exercício dêsse poder, por meio do *remedium juris*.

Se todos são iguais perante a lei (§ 1.º do artigo 141 da Constituição Federal), a todos será lícito recorrer ao Poder Judiciário (§ 4.º do referido dispositivo constitucional), não sendo necessária a certeza absoluta da existência real de um direito que lhe assista, bastando acreditar na existência de um direito que pode ou não assistir-lhe. Se a todo direito corresponde uma ação que o assegura (art. 75 do Código Civil), podemos dizer que a um direito, como a suposto direito, *sempre*, cabe o exercício de uma ação que assegurará o primeiro, mas negará o segundo. O que é fato é que a tôda pretensão caberá uma ação e no exercício dêsse meio é que, muitas vezes, aparece o abuso, pois o ser humano, agindo sob os impulsos da razão, pode proceder de forma regular ou não, correta ou não, isto porque o homem é dotado de qualidades físicas e psíquicas diferentes. Se jurídica do abuso do direito, porque, neste caso, o seu ato voluntário causou prejuízo ao direito alheio, já que a todos assiste o direito de não ser molestado por pessoa ou bens do seu semelhante — *injuste neminem laesit* (CÍCERO — *Pro Murena*, XL. 87).

Aqui, então, entra a tarefa salutar do juiz.

Deante de um pleito o juiz, desde logo, não perde de vista a investigação da atitude o agente. Ao lado da pesquisa que o conduzirá à certeza do direito invocado pelo litigante, estuda a atitude dêste, as condições que nêle devem subsistir e o modo como age, até chegar à conclusão da sua verdadeira intenção.

Compara o seu ato com a atitude comum do homem normal, *sui juris*. Indagará se a meta visada pelo exercitante da ação foi a reparação de um direito violado, ou a satisfação de uma paixão, intentando uma demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou com êrro grosseiro, êste de tal ordem que não o cometeria a moral e o senso comum, quando é certo que a ninguém é dado des-

conhecer a lei, principalmente ao advogado, procurador dos litigantes.

Examinará se esse erro é ou não escusável, se é legítimo o interesse do agente, se não procedeu com imprudência, dolo, malícia, propósitos simplesmente vexatórios para o adversário, se agiu de má-fé, ou culpa que se avizinha ao dolo e ainda se deixou de procurar o meio menos gravoso para o adversário.

(continua)

PODER EXECUTIVO

I — SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

PLANO DE ADMINISTRAÇÃO

1 — CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.0 — A conjuntura do mundo moderno — conturbada, dinâmica, intensamente mutável e de problemática ultra diversificada — reflete-se nas comunidades locais, e se traduz na ânsia popular que exige dos Poderes Públicos soluções e ações sempre urgentes para resolver seus problemas tradicionais ou cotidianos, reclamando, ao mesmo tempo, prestação de serviços melhores, mais rápidos mais eficientes e de menor custo. O exercício da função pública não pode ser em consequência, na época atual, simples expressão do poder fundamental do Estado, estático desempenho do mandato popular, mero agente do poder político, rotineira ação no trato das questões de Governo.

1.1 — E' flagrante e incontestável a necessidade de programar para governar e, governando, agir no mesmo ritmo célere em que ocorrem os problemas e urgem as soluções. Os programas de Governo não encontram mais, portanto, sua razão de ser exclusivamente em definições de ordem institucional doutrinária ou em declarações políticas restritas; mas, em afirmações ordenadas, delineadas, orientadas e definidas no sentido da execução imediata de um plano no qual se fixe o tratamento racional lógico e econômico dos problemas que perturbam ou afligem a vida da comunidade. O povo — que paga impostos, que obedece às leis, que se submete às restrições regulamentares, que elege seus representantes, que está em contato diário com tôdas as fontes de informação, que participa minuto a minuto da atividade contagiante do ambiente de trabalho moderno, — almeja um Governo atuante e organizado, integrado nos seus problemas, cuidando das soluções eficazes. Em função dessas idéias, alguém já declarou que a Administração Pública envolve:

“all those operations having for their purpose the fulfillment or enforcement of public policy and social welfare as declared by the people”.

1.2 — E' evidente que ao Governo cabe o papel de intérprete dos interesses e das aspirações comunitárias e ainda, o de agente polarizador do

* Exposição de Motivos do Secretário Geral de Administração, officio n.º 3.034, de 12 de agosto de 1958.