

O ABUSO DO DIREITO*

Pelo Dr. Augusto da Penha-Gonçalves

I. O ordenamento jurídico ou seja, o complexo de normas sociais especialmente qualificado pela sua coercibilidade, existe e justifica-se em função dos valores de justiça e de segurança, havidos como necessários para assegurar a existência de uma sociedade. Valores esses que, em planos menos abstractos, se desdobram na definição de fins e interesses mais ou menos concretos, com vista à defesa da dignidade do homem, promoção do seu bem estar, incremento de justiça substancial nas relações inter-individuais e reforço de solidariedade social.

Uma parte das normas que integram o ordenamento jurídico tem por missão realizar aqueles fins e tutelar aqueles interesses, através de adequados comandos. Mas a existência destas normas materiais ou substanciais não bastaria para que a missão do direito, enquanto disciplina social prática, ficasse integralmente cumprida.

Por isso, do ordenamento jurídico objectivo também fazem parte outros tipos de normas de carácter instrumental, dentre as quais importa aqui particularizar as que objectivam *esquemas conceituais técnicos*, formalmente reconhecidos e funcionalmente dispostos em ordem a que os fins e os interesses que integram

* Palestra proferida em 27/6/80 no CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS.

a previsão das normas materiais atrás aludidas, possam ser alcançados ou satisfeitos.

Assim sendo, compreende-se que a operatividade desses esquemas conceituais encontre o seu natural e lógico limite no quadro dos fins e interesses que através deles a norma substantiva procura realizar ou proteger. Enquanto esse limite é observado, como por via de regra acontece, fica obviamente assegurada a legitimidade formal e substancial dos meios utilizados e por isso, tudo decorre então no desejável campo da normalidade jurídica.

Não poucas vezes porém a experiência jurídica denuncia a existência de casos que acusam a rotura dessa normalidade. São casos esses em que um determinado instrumento jurídico-formal é utilizado como meio de alcançar fins ou objectivos alheios ao ou até repelidos pelo ordenamento jurídico material. Surge então uma situação marcada com a particular característica de consistir no uso de um instrumento legal para fins anti-jurídicos. Desenvolve-se com efeito em tal emergência, uma actuação que se apresenta, do ponto de vista formal ou externo, de harmonia com a lei, mas que na realidade não o é.

Este fenómeno de divergência entre a forma e a realidade que no fundo se traduz em distorção na utilização dos conceitos técnico-jurídicos e respectivos limites, pode manifestar-se, na vasta área do direito, sob perfís diversos e nem sempre igualmente transparentes.

Poderemos ilustrar o que se acaba de dizer recordando, por exemplo, que, como vem sendo detectado pela doutrina mais recente, o conceito de pessoa colectiva como sujeito autónomo de relações jurídicas, pode apresentar-se, na prática, utilizado para fins abusivos isto é, para prossecução de fins que a ordem jurídica não acolhe, pois não se inscrevem no rol das motivações em razão e em função das quais o instrumento técnico-jurídico da personalidade colectiva foi por ela adoptado.

Passando para uma outra zona, — a dos negócios jurídicos — ocorre também aqui recordar, por referência a certas conhecidas figuras como as de negócio simulado e negócio com fraude à lei, certa doutrina que tende a enquadrá-las na teoria geral do «abuso do direito», entendida esta fórmula no

seu sentido mais lato. Assim se fala por ex. a propósito da simulação, em «abuso da função instrumental do negócio»; e também não falta quem reconduza à concepção genérica de actividade abusiva em direito, o negócio com fraude à lei.

Restringindo o campo de referência aos limites do exercício de um direito ou de um poder legal, podemos encontrar mais casos daquela distorção entre a forma e a realidade, pelo uso anormal dos meios legais. Assim, no direito administrativo é bem conhecida a figura do «*desvio do poder*», vício este que — como se sabe — afecta o acto administrativo praticado no exercício de poderes discricionários quando estes hajam sido usados com fins diversos para que a lei os confira. É corrente, entre nós, aceitar-se a tese da afinidade da figura do «desvio do poder» com a do «abuso do direito».

Finalmente, cabe também referir que o exercício do direito de agir em juízo (o direito da acção) pode manifestar-se sob forma abusiva, como decorre especialmente do que se prescreve na 2.^a parte do n.º 2 do art. 456.º do Cód. de Proc. Civil. É ilustrativo neste sentido, o Ac. de Rel. de Coimbra, de 21/2/68 (Jur. Relações, 14.º, pág. 185) no qual se decidiu, entre mais, que «na acção de interdição por demência, há abuso do direito, nos termos do art. 334.º do Cód. Civil, se a acção é proposta com um fim repreensível, verificado quanto à injustiça ou inutilidade da pretensão do autor, havendo apenas o desejo de vexar alegando-se factos sem consistência para, com sua publicidade, causar danos à reputação da pessoa visada»,

Parece justificado concluir-se do exposto que o «abuso do direito», em sentido amplo, pode manifestar-se sob vestes diferenciadas e em latitudes diversas do mundo do direito. Importa por isso, delimitar o tema desta exposição e definir concretamente a matéria que vai ser objecto das considerações que se seguem.

Nesta ordem de ideias, diremos que o nosso propósito é estudar, no âmbito do direito civil, a figura do «abuso do direito» pelo desenho que dela se faz no art. 334.º no Cód. Civil, observando-a, por um lado, à luz dos ensinamentos da doutrina e, por outro, tendo em conta o tratamento que lhe tem sido dado, especialmente, na nossa prática jurisprudencial.

A doutrina sobre o tema é rica e abundante o que, realmente, não surpreende. A problemática do «abuso do direito» agita algumas questões fundamentais da teoria do direito, objectivado na norma jurídica ou subjectivado no poder jurídico; e além disso, situa-se no delicado ponto em que confluem, por vezes inconciliavelmente, os fins supremos que à ordem jurídica cumpre realizar na sociedade civil.

Não estaria porém, na índole desta exposição referir, ainda que sumariamente, quanto a este respeito tem sido dito no plano da construção dogmática da figura em causa, e, antes disso, da sua própria viabilidade como conceito jurídico válido. Procuraremos por isso, isolar e examinar alguns aspectos doutrinários que nos parecem mais relevantes para os fins deste trabalho, não cedendo à tentação de lhe dar cariz teórico ou especulativo que seria aqui certamente deslocado.

Assim terá de ser e não só pela já aludida razão decorrente da índole deste trabalho. É que quando se fala em «abuso do direito», nomeadamente no campo do direito civil, não pode deixar de ser sublinhada a poderosa contribuição que, para a formulação desse conceito e seu progressivo enriquecimento, foi desde o início dispensada pela jurisprudência. Neste sentido, não parece exagerado afirmar que a teoria do abuso do direito é, em grande parte, obra dos Tribunais e que às decisões judiciais tem ela ido buscar e continua a buscar o fermento vivificador que a justiça do caso concreto propicia,

Por isso se compreenderá que nesta exposição, para além de alguns problemas doutrinários que o tema do «abuso do direito» comporta e não poderiam, a nosso ver, ser omitidos, se dê particular relevo à sua vivência jurídica, tal como é possível captá-la através de decisões judiciais dos nossos tribunais, que nos foi possível coligir no espaço de tempo que tivemos ao nosso dispôr.

II. Do direito romano, vieram até nós fórmulas correntes e radicais como «*Feci sed jure feci*» ou também, «*qui suo jure utitur neminem laedit*», à base das quais se poderia inferir, na perspectiva daquele direito — como aliás foi por alguns inferido — o carácter absoluto do *jus*, bem de acordo com o seu

reconhecido traço individualista e formalista, Mas a verdade é que outras fórmulas tais como «*summum jus, summa injuria*» ou, «*non omne quod licet honestum est*», põem em dúvida a legitimidade daquela inferência e indicam, pelo menos, a não-rejeição pelos romanos da necessidade prática da intervenção de um critério amortecedor da rígida aplicação da lei no tocante ao exercício dos direitos,

Seja porém como for, parece certo, segundo opinião geralmente compartilhada, que o direito romano não terá alcançado formular uma noção geral do «abuso do direito». E não falta até quem ponha em dúvida que aquele direito tivesse formulado qualquer doutrina geral acerca dos chamados «actos emulativos», ou seja, de actos praticados pelo titular do direito sem qualquer utilidade ou necessidade para ele e unicamente para prejudicar terceiros (*nocendi causa*),

Admite-se, em consenso corrente, que a figura do «abuso do direito» — porventura já visualisada, séculos antes, na doutrina dos glosadores e post-glosadores — terá entrado no vocabulário jurídico e na prática judiciária dos sistemas inspirados na tradição romano-germânica, por meados do século XIX, a começar, possivelmente, pela França. A explicação de tal fenómeno radicar-se-á nas profundas transformações sociais e políticas que a partir de então se processaram na Europa, por acção concorrente de múltiplos factores de ordem filosófica, ideológica e económica que alimentaram a Revolução francesa, e por impulso desta, promoveram a expansão do ideário liberal no continente europeu. Ideário que marcado pela exaltação do homem, e dos seus direitos «naturais e sagrados», assegurava a licitude de todos os seus actos, desde que não proibidos pela lei, como se proclama nos arts. 4.º e 5.º da «Declaração dos Direitos». Mas esta concepção, de manifesto perfil idealista, não obstou a que os tribunais da época mais atentos às realidades concretas, procurassem introduzir aqui e além, sobretudo em matéria do direito de propriedade, orientação moderadora, negando-se a sancionar o exercício de direitos na base da *exceptio doli generalis*, quando o titular visasse tão só prejudicar outros ou intuitos de «chicana».

De algum modo terão concorrido para isso as ideias de um direito menos formalista, que iam brotando aqui e além, do seio do pensamento jurídico, as quais punham em causa a natureza imperativística do direito e muito em especial, a concepção excessivamente absolutista e individualista do direito subjectivo, ao tempo reinante.

Mas quase desde o seu aparecimento, a noção do «abuso do direito» (e até os termos linguísticos que a verbalizavam) se apresentou aos olhos de muitos juristas como qualquer coisa de profundamente absurdo no plano lógico e, mais do que isso, como séria ameaça à estabilidade do comércio jurídico e à própria autonomia do direito.

Por isso, se houve quem saudasse e exaltasse o princípio do «abuso do direito» como instrumento adequado para travar o exercício egoísta ou emulativo dos direitos e conter estes dentro dos limites que a ética e a solidariedade social impõem, não faltou por outro lado, quem o esconjurasse, como doutrina logicamente indefensável e juridicamente «*bárbara*».

Indefensável na opinião de certos autores, com Planiol à frente, porque — argumentava-se — quem usa de um direito não pode dele abusar, e por isso, a fórmula «abuso do direito» não passaria de uma «logomaquia». Outros porém, julgaram ouvir ao eco de tal fórmula os passos de um novo cavalo de Tróia, que ensaiava penetrar insidiosamente na cidadela jurídica com o dissimulado propósito de abalar o valor da certeza da norma jurídica e a segurança dos direitos individuais e fazer regredir o direito para épocas em que não se operara ainda a clara distinção do ordenamento jurídico em relação a outros ordenamentos socialmente vigentes.

Nesta controvérsia em volta da viabilidade da figura do «abuso do direito» detectam-se evidentes e irreprimíveis factores ideológicos, que naturalmente influem sobre a concepção geral do direito e da sua função numa sociedade organizada. Por isso se compreende que, por vezes, o debate tivesse assumido acentos apaixonados e não esteja hoje ainda encerrado, pois continua a haver, pelo menos na literatura estrangeira, quem continue a sustentar a inviabilidade lógica e jurídica do conceito do «abuso do direito». Neste contexto, são de citar parti-

cularmente os autores italianos, que não regateiam aplausos à orientação seguida pelo Cód. Civil do seu país (Cód. Civil de 1942), que na sua versão definitiva, como se sabe, não acolheu aquele conceito.

Certo é porém que, arredando objecções ou ultrapassando juízos negativos de uma parte da doutrina, a teoria do «abuso do direito», sempre muito impulsionada pela jurisprudência, se foi impondo progressivamente em paralelo com os novos caminhos do pensamento jurídico moderno que, por superação da concepção liberal e individualista do séc. XIX, tende a acentuar a vertente social da norma jurídica e dos poderes que, com base nela, integram a esfera jurídica individual.

Manifestação incontroversa de tal tendência é o facto de a figura do «abuso do direito» ter vindo a ser acolhida em áreas, cada vez mais numerosas, de direitos nacionais, não só nos países europeus mais ligados à tradição jurídica romano-cristã, como também em outros países.

Efectivamente, verifica-se que sucessivos Códigos de direito civil de diferentes países passaram a consagrar, por forma expressa, o conceito do «abuso do direito» como figura geral, em normas que a modelaram — é certo — com perfis formais e ingredientes substanciais nem sempre coincidentes, mas visando todos, vincar, com maior ou menor ênfase, o princípio da relatividade dos direitos subjectivos, admitir a possibilidade fáctica do seu exercício abusivo, e recusar tutela legal aos actos abusivos.

Vamos a seguir inventariar, por nos parecer de algum interesse no âmbito desta exposição, alguns textos de diversos sistemas jurídicos estrangeiros sobre a matéria do «abuso do direito». E para uma informação menos incompleta sobre o tema no plano do direito comparado, faremos também alusão, às posições adoptadas sobre o assunto em alguns países cujos textos positivos, não consagram, expressamente, a figura do «abuso do direito».

III. A jurisprudência francesa da segunda metade do século XIX é geralmente referida como tendo contribuído para a elaboração ulterior da figura do «abuso do direito»,

tal como a entendemos hoje, desligada da teoria dos «actos emulativos». São a este propósito, conhecidas algumas decisões, dentre as quais aqui registamos, por mais frequentemente citadas, a de Maio de 1855, no «affaire Doerr» e a de Dezembro de 1901 no «affaire Savart». Na sentença que decidiu o primeiro desses casos, o Tribunal de Colmar condenou o proprietário a demolir uma falsa chaminé que construía no seu prédio, sem qualquer utilidade para ele, mas tão só para impedir que, através de uma janela, a luz entrasse em um prédio vizinho. No caso Savart, o Tribunal de Sedan, condenou o proprietário de um prédio a demolir uma divisória de madeira, pintada de negro, por ele construída com o único propósito de dar a uma moradia vizinha «aspecto de uma prisão».

É certo que, nos casos referidos, as decisões se fundamentaram na provada intenção de prejudicar; mas nelas já se diz também que «o exercício do direito da propriedade tem por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo». E a consideração pelos Tribunais franceses deste último aspecto, por directamente relacionado com o *exercício do direito* e com a afirmação do seu *limite objectivo* em razão do «interesse sério e legítimo», parece colocar aquelas decisões na pista do conceito moderno do «abuso do direito».

Mas seja assim ou não, é opinião corrente que o reconhecimento legislativo do «abuso do direito» poderá ser encontrado, em fins do séc. XIX, no Cód. Civil alemão (de 1896), pelo que se dispõe, nomeadamente, nos seus arts. 226.º e 886.º. No primeiro desses artigos, de clara conotação com a doutrina dos «actos emulativos», se prescreve ser inadmissível o uso de um direito apenas para prejudicar outrem; mas na prescrição do art. 886.º — que se situa já fora do âmbito daquela doutrina e assim releva para o conceito autónomo do «abuso do direito» — se dispõe que todo aquele que, de um modo chocante, causar voluntariamente danos a outrem, fica obrigado a indemnizar os prejuízos causados.

Na linha do pensamento do Cód. Civil alemão se situa o Cód. Civil Suíço de 1912, que parece ter sido o primeiro — entre os grandes códigos europeus — a acolher expressamente a noção geral do «abuso do direito». Efectivamente, no

art. 2.º do seu título preliminar, utilizando uma fórmula ao mesmo tempo simples, concisa e flexível, se prescreve que os direitos devem ser exercidos e as obrigações cumpridas segundo as regras de boa-fé e que «o abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei». O «abuso do direito», conforme o texto helvético, mostra-se claramente relacionado com o dever do exercício do direito segundo as regras da boa-fé.

O reconhecimento, por texto expresso, de um conceito geral do «abuso do direito» e a afirmação também expressa, de sua anti-jurisdicidade voltam a aparecer em outros Códigos europeus.

Assim, no art. 2.º do Cód. Civil da Turquia, de 1926, — em evidente paralelismo com o texto já referido do Cód. Civil Suíço — se prescreve que todos são obrigados, no exercício dos seus direitos e no cumprimento das suas obrigações, a respeitar as regras de boa-fé e que o abuso do direito que cause prejuízo a terceiros não é protegido pela lei. Por sua vez, no art. 135.º do Cód. das Obrigações da Polónia se declara que comete «abuso do direito» e não goza a protecção da lei quem exerce o seu direito contra os princípios fundamentais da ordem jurídica. E, por último, o Cód. Civil da Grécia de 1940, no seu art. 281.º, em disposição de particular interesse para nós — como adiante diremos — preceitua que «o exercício do direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos quer pela boa fé e pelos bons costumes quer pelo fim social e económico do mesmo direito». Neste texto, como dele se vê, alarga-se consideravelmente a noção do «abuso do direito», relacionando-a não só com a boa fé — como acontece nos códigos civis suíço e turco — mas também com os «bons costumes» e muito especialmente, com a «função social e económica» do direito.

Na introdução deste novo factor, conotado com o «fim social e económico do direito», o legislador helénico ter-se-á inspirado no art. 1.º do Cód. Civil de 1922, da República Federativa Socialista da Rússia, no qual — aliás por reconhecida inspiração da escola francesa de Duguit — se dispunha que «os direitos são protegidos pela lei, salvo nos casos em que sejam

exercidos em sentido contrário à sua destinação social e económica».

Aos juristas soviéticos — como de outros países da área socialista — não é, aliás, de modo algum estranha a noção do «abuso do direito». Mas tal noção (como outras, da teoria jurídica), embora possam ser por eles utilizadas com formulações estilísticas idênticas ou semelhantes às usadas nos sistemas jurídicos clássicos continentais, têm de ser entendidas na perspectiva própria do significado e função do direito naqueles países. Perspectiva que deliberadamente assume o ordenamento jurídico como instrumento subordinado a um determinado projecto político-ideológico que, por sua intermédio, inclusivamente, se pretende realizar. Por isso, se compreenderá que a lei soviética tivesse abandonado a fórmula «destinação social e económica», do direito, do art. 1.º do Cód. Civil de 1922, para a substituir, em texto mais recente, por uma outra mais vinculada ao aludido projecto. Referimo-nos ao art. 5.º dos «Fundamentos do direito civil», de Dezembro de 1961, segundo o qual os direitos civis são protegidos pela lei «com exclusão dos casos em que forem exercidos em contradição com o destino dos referidos direitos numa sociedade socialista em período de edificação do comunismo».

No seguimento das indicações que antecedem, acrescentaremos que em muitas legislações ibero-americanas, o «abuso do direito» se mostra expressamente consagrado. É o que acontece, por exemplo, no Cód. Civil Mexicano de 1928 (arts. 16.º e 17.º, entre outros), no Cód. Civil do Peru de 1936 (art. 2.º), no Cód. Civil da Venezuela de 1942 (art. 74.º), no Cód. Civil da Guatemala de 1964 (art. 1653.º) e também no Cód. Civil Argentino (art. 1071.º na redacção da lei 17 711, de 24/4/68).

Em outros países, cujos ordenamentos jurídicos positivos não acolhem *expressis verbis* o «abuso do direito», admite-se, apesar disso, a partir de textos avulsos e com apoio na respectiva jurisprudência, a aplicabilidade da correspondente doutrina, com maior ou menor amplitude.

Neste sentido cabe referir, em primeiro lugar, a França, onde, como se sabe, o Cód. de Napoleão, ainda vigente, não contém qualquer referência expressa ao «abuso do direito»,

como figura geral. No entanto, é igualmente conhecida a poderosa contribuição propiciada nesta matéria pelos Tribunais franceses, através de uma jurisprudência dotada de imaginação e criatividade. Guardando, embora, uma justificada e louvável prudência, os juízes franceses sem se enfeudarem a qualquer posição doutrinária, continuam a revelar, em amplo e diversificado leque de decisões que cobrem vastas áreas do direito civil e também fora do direito civil (direito comercial, direito de trabalho), a validade e a utilidade prática da doutrina do «abuso do direito», como instrumento de contenção do exercício dos direitos, em termos de sua moralização e ajustamento aos objectivos sociais e económicos que os justificam.

Pelo que respeita à Itália, o respectivo Cód. Civil (de 1942) demarcando-se do que vinha proposto no respectivo projecto ministerial, não incluiu — como se disse — qualquer cláusula geral do «abuso do direito», limitando-se a inserir, no livro respeitante à *propriedade*, o preceito do art. 833.º, proibitivo dos actos emulativos. Em defesa de tal orientação alegou-se que o tema em causa respeita a um problema da teoria geral, dificilmente moldável no quadro de uma norma jurídica — o que implicando razão que se afigura da mera ordem técnica, tem na natureza do argumento o seu limite. Concluiu-se — por isso, legitimamente, que o Cód. Civil Italiano, não regeitou *in limine* a figura do «abuso do direito».

Neste sentido se manifesta, pelo menos, parte da doutrina italiana para quem a carência de uma norma geral expressa no Cód. Civil não exclui que, no respectivo ordenamento jurídico, estejam reconhecidos os princípios fundamentais que se reconduzem à teoria do «abuso do direito». E uma vez mais, também aqui, a jurisprudência italiana por numerosos as importantes decisões dá constante testemunho da aplicação do princípio do «abuso do direito» nos muitos casos em que fora do âmbito restrito do art. 833.º, citado, a legalidade abstracta e formal do direito choca com as exigências do seu exercício normal e correcto.

O mesmo acontece na doutrina espanhola. Reconhecendo embora que no respectivo Cód. Civil falta um texto expresso

sobre o «abuso do direito», aquela doutrina admite correntemente estar consagrada no respectivo ordenamento, a proibição do exercício abusivo do direito. Posição esta, largamente compartilhada pelos Tribunais espanhóis em numerosos arestos, dentre os quais se cita pelo mérito de sua fundamentação, a decisão do Supremo Tribunal de 14 de Fevereiro de 1944, da qual transcrevemos uma breve passagem:

«Considerando que a doutrina moderna... elaborou a teoria chamada de abuso do direito, sancionada nos mais recentes ordenamentos legislativos, que considera ilícito o exercício dos direitos quando abusivo; e embora existam discrepâncias, teóricas e positivas, em relação a vários pontos... é certo e inegável de todo o modo que tais dúvidas e divergências não podem eliminar a conformidade substancial do pensamento jurídico moderno em forma de ideia de que os direitos subjetivos, à parte dos seus limites legais, com frequência defeituosamente precisados, têm outros de ordem moral, lógica e social e que incorre em responsabilidade aquele que, agindo sob o amparo de uma legalidade externa e de um aparente exercício do direito, excede, na realidade, os limites impostos ao mesmo pela equidade e boa fé, com danos para terceiros ou para a sociedade...»

Para concluir esta breve e rápida incursão pelo direito comparado, parece oportuno fazer referência ao direito brasileiro.

O Código Civil do Brasil (de 1916) não contém preceito repressivo do «abuso do direito», mas tanto a doutrina como a jurisprudência brasileiras são concordes em reconhecer, como princípio fundamental do respectivo ordenamento jurídico, o princípio dos limites no exercício dos direitos. No anteprojecto oficial de reforma da lei geral de aplicação das normas jurídicas, se constata a inserção sob a rubrica «condenação do abuso do direito», o art. 2.º no qual se prescreve que «não será protegido o direito que seja, ou deixe de ser exercido em prejuízo, ou de modo egoísta, excessivo ou anti-social».

IV. Segundo refere Cunha Gonçalves, a teoria do abuso do direito, embora na limitada mas saliente perspectiva dos chamados «actos emulativos», teria sido já adoptada, de algum

modo, por Coelho da Rocha. De qualquer modo, e pondo de lado escassas vozes em sentido contrário, a verdade é que, na vigência do Código de Seabra, a maior parte dos autores entre nós, vinha já sustentando que, embora não formulada directamente em texto expresso da lei, aquela teoria seria de acolher como princípio fundamental da nossa ordem jurídica. Argumentava-se, para o efeito, com os arts. 13.º, 14.º, 15.º e outros daquele Código e com textos de diplomas posteriores nomeadamente, com o art. 8.º da Constituição de 1933, segundo o qual «todos os cidadãos deverão fazer uso dos seus direitos sem ofensa dos direitos dos terceiros, nem lesão dos interesses da sociedade ou princípios da moral».

O tratadista acima citado, indica como afirmações jurisprudenciais da teoria do abuso do direito durante aquele período, os Acórdãos da Rel. de Lisboa de 14/12/1885 e do Sup. Tribunal de Justiça de 8/6/86 e 21/11/919, mas é duvidoso que tal asserção seja inteiramente correcta.

Na verdade, a jurisprudência nas primeiras décadas deste século parece orientar-se no sentido da rígida aplicação do princípio *qui suo jure utitur*, embora a partir de 1920 se possam recolher, aqui e além, algumas decisões reveladoras de certa moderação dessa tendência. Trata-se, porém, de decisões que, conquanto denunciem uma certa preocupação moralizadora na aplicação do direito, assentem em difusas motivações meta-jurídicas que não utilizam contudo e ainda, o «abuso do direito», como princípio jurídico autónomo.

Já se escreveu que o primeiro caso jurisprudencial a fazer, entre nós, a aplicação da teoria do «abuso do direito» terá sido o Ac. da Re.l de Coimbra, de 26/5/926. Tratava-se do dono de um prédio urbano que nele construía uma chaminé com o propósito de incomodar os vizinhos, ocupantes de um prédio contíguo e que, por aquela decisão, foi condenado, na base da teoria de abuso do direito, a elevar a chaminé mais metro e meio, de forma a eliminar aquele incómodo.

Em uma outra decisão desse mesmo Tribunal (de Maio de 1931), proferida no caso em que um sócio excluía outro da sociedade, se escreveu «que todos os direitos têm de ser exercidos dum modo normal» e «que o direito cessa onde o abuso

começa», sublinhando-se ainda que, na espécie nele julgada, «sob a aparência do uso e exercício dum direito se praticou um verdadeiro abuso». É notável este Acórdão pelos elementos que lucidamente destaca com interesse para a definição do conceito do «abuso do direito».

Outras decisões posteriores poderiam ser aqui citadas, provindas quer do Supremo Tribunal de Justiça, quer das Relações, todas demonstrativas de que a teoria do abuso do direito se ia desenvolvendo entre nós, não certamente, com a pujança correspondente à de outros países e nomeadamente a França — mas, de qualquer modo, em termos de se poder dizer que ela ia criando raízes seguras no terreno da nossa prática judiciária.

Não será por isso talvez inteiramente exacto o dizer-se — como foi já dito — que a inserção do texto do art. 334.º no Cód. de 1966 se deve sobretudo «a preocupação da ordem doutrinária». Cremos que a corrente jurisprudencial até aí entre nós estabelecida, também para tanto concorreu, sem que isso envolva menosprezo pelo valioso contributo dado pela doutrina (e também pela legislação dos países estrangeiros) para a formulação do conceito do «abuso do direito», tal como o encontramos no citado texto legal.

Nos trabalhos preparatórios do novo Código Civil avulta, no que respeita à matéria do «abuso do direito», o ante-projecto de autoria do Prof. Vaz Serra, o qual — como se sabe — culminava com um articulado extenso, abrangendo nada menos que oito artigos, cada um deles constituído por vários parágrafos. Mas o próprio autor admitia que «poderia reduzir-se a muito menos». Efectivamente, assim aconteceu em sucessivas revisões daquele primeiro texto, até que na 2.ª revisão ministerial, a regulamentação do «abuso do direito» ficou condensada em um só artigo, com a redacção depois adoptada no projecto do Cód. Civil e que hoje se lê no citado art. 334.

Esta redacção teve por fonte, como foi já reconhecido, o já citado art. 281.º do Cód. Civil da Grécia, que atrás ficou transcrito. É realmente flagrante a similitude literal dos dois textos legais, e entre as pequenas diferenças que entre eles se possam notar, cabe salientar a seguinte: enquanto o texto do Cód. grego, adoptando formulação de acentuada forma impe-

rativística, decreta a «proibição» do abuso do direito», o texto português, utilizando terminologia insegura ou pelo menos equívoca, considera-o «ilegítimo». A divergência assinalada terá mero significado semântico ou deverá ser entendida como traduzindo posturas diferenciadas do legislador grego e do legislador português quando ao problema da anti-jurisdição do «abuso do direito»? Teremos a oportunidade de voltar a este assunto mais adiante pelo que aqui fica apenas colocada a interrogação.

Tivemos a ocasião de referir que, na vigência do Código de Seabra, a nossa doutrina invocou também o disposto no art. 8.º, n.º 1 da Constituição de 1933, para fundamentar o reconhecimento da teoria do «abuso do direito», na nossa ordem jurídica.

A Constituição actualmente vigente não contém — e é pena — norma que, directa ou indirectamente, aponte um qualquer critério geral, delimitador do exercício, pelos cidadãos, dos respectivos direitos civis. Todavia, importa lembrar que no art. 29.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem que, por força do art. 8.º, n.º 1 daquela Constituição, faz parte do direito interno português, se contém norma importante, de evidente conotação, a nosso ver, com a problemática do «abuso do direito» na medida em que ali se prescreve que o «*exercício dos direitos*» (e o gozo das liberdades) *sofre limitações* por leis estabelecidas com vista a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades de outros, e *afim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar numa sociedade democrática*».

Desenha-se assim claramente, neste preceito, uma directriz fundamental, exclusiva de qualquer concepção absolutista dos direitos e liberdades. Directriz que embora referida aos direitos e liberdades inscritas naquela Declaração, não só não contraria a doutrina do ars. 334.º do Cód. Civil, como até a reforça, conferindo-lhe acrescido peso jurídico.

V. O texto do art. 334.º embora à primeira vista se apresente de leitura acessível, esconde todavia, algumas interrogações e dúvidas que em boa parte se articulam com questões

delicadas e complexas da teoria geral do direito e nomeadamente, com a estrutura do direito subjectivo *stricto sensu* e, demais situações jurídicas subjectivas, e respectiva função.

À cabeça de tais interrogações e dúvidas, coloca-se, naturalmente, a da própria construção do conceito legal do «abuso do direito».

Não poderá ser posta, agora, em causa, certamente, a viabilidade desse conceito, uma vez que, em face do texto do citado art. 334.º, é irrecusável que o nosso direito positivo actual consagra o «abuso do direito» como uma categoria definida e autónoma.

Mas assente isto, permanece sempre a questão acima posta de como deve ser entendida e teoricamente justificada à luz do citado texto, a figura do «abuso do direito».

Uma primeira resposta poderia ser ensaiada — como em certa doutrina se propôs — recorrendo à clássica distinção entre o *direito subjectivo* e o *direito objectivo*. O acto abusivo seria aquele que praticado na base de um direito subjectivo cujos limites legais se respeitaram, se apresenta, todavia, como anti-jurídico por contrário ao direito visto no seu conjunto ou seja, ao direito enquanto ordenamento normativo, objectivo.

Neste entendimento, não haveria qualquer ilogismo em admitir que alguém tivesse *por si* um determinado direito (subjectivo) e *contra si* todo o direito (objectivo). Deste modo, o alegado vício lógico do conceito do «abuso do direito» se esvairia, e do mesmo passo, ficaria bem vincada a autonomia desse conceito como algo distinto da simples «falta de direito».

Aparentemente sedutora, esta construção não escapa todavia à crítica que lhe foi feita em razão do seu evidente artificialismo. Não se afigura, na verdade, possível aceitar a ideia da separação entre o direito subjectivo e o direito objectivo, uma vez que aquele se fundamenta neste que lhe dá a base. Por isso, é inadmissível que em relação a um mesmo direito subjectivo, o direito objectivo o permita e o proíba simultaneamente.

Uma outra proposta doutrinária — esta com maior ressonância na literatura jurídica (até na mais recente) e também na jurisprudência nacional (v. Ac. S.T.J., 22/2/70) — pretende dever distinguir-se entre os *limites extrínsecos* e os *limites intrín-*

secos do direito subjectivo, e situa o «abuso do direito» na violação destes últimos limites. A explanação desta doutrina pode ser feita sumariamente, como segue:

Uma vez que o direito subjectivo como poder jurídico, tem por base a lei, é naturalmente a esta que cabe fixar o seu *conteúdo* ou seja, o conjunto dos poderes e faculdades que, em abstracto, o integram. A fixação assim feita pela lei, em relação a cada direito, definiria, segundo a doutrina em exame, os seus limites *formais e extrínsecos*.

Mas para além de tais *limites extrínsecos* do direito subjectivo, imediatamente decorrentes da lei que o reconhece e define, haverá que ter em consideração também, segundo a doutrina em apreço, um outro tipo de *limites* — os chamados *limites intrínsecos* — sobre cuja exacta caracterização porém, se afigura pairar certa perplexidade.

Para certos autores, estes tais *limites intrínsecos* diferentemente do que acontece com os *limites extrínsecos* são raramente expressos pela lei e por isso, terão de ser pesquisados tendo em atenção os princípios gerais e o espírito de um determinado sistema normativo-jurídico. Assim, segundo esta maneira de ver, a sinalização e distinção entre os *limites extrínsecos* e os *limites intrínsecos* do direito é feita, como se vê, por referência à respectiva fonte formal.

Outros porém entendem que esta questão — de distinção entre *elementos extrínsecos* e *elementos intrínsecos* — não releva da fonte formal, devendo antes ser resolvida em sede diferente que toma como base os momentos logicamente distintos da *existência* do direito e da sua *actuação*. Por outras palavras, os *limites extrínsecos*, ou simplesmente *limites* de um direito são os que, por directa referencia à lei ou aos princípios gerais do sistema, definem o seu conteúdo e, por tal motivo, não interessam à construção do conceito legal do «abuso do direito». Mas para além desses *limites do direito*, há que ter em conta um outro tipo de limites que se relacionam com o *exercício do direito* ou, mais precisamente, com o *modo desse exercício*. E nesta perspectiva preferem falar em «*limitações ao exercício do direito*» as quais — salvo quando específicas, isto é, referidas na lei a certas espécies de direitos — não têm influência sobre o con-

teúdo do direito subjectivo, pois apenas consistem em directrizes destinadas a disciplinar a sua prática actuação.

Segundo opinião mencionada em primeiro lugar, os *limites intrínsecos* se definiriam por terem o seu assento nos princípios gerais e no espírito de um determinado ordenamento jurídico. Mas esta circunstância parece, na verdade, irrelevante, pois o que importará é averiguar se tais limites condicionam ou não o conteúdo do direito. Ora, parece claro que a circunstância negativa de os *limites intrínsecos* não derivarem de lei expressa, não faz com que eles sejam irrelevantes para a determinação do conteúdo do direito. Assim sendo, como nos parece que é, não haverá certamente, razão para utilmente distinguir entre *limites internos* e *limites externos* de um qualquer direito subjectivo, e por isso, a violação de qualquer deles não pode dar lugar a tipos diferentes de anti-jurisdicidade. Tanto equivale dizer que segundo este modo de ver o conceito do «abuso do direito» não poderia reivindicar qualquer identidade própria; o acto abusivo seria um acto ilícito como qualquer outro que acontece quando o titular do direito o exerce fora de limites legais respectivos. Conclusão esta que não parece de acolher nos limites do nosso direito constituído e nomeadamente, do citado art. 334.º que, no quadro amplo da antijurisdicidade ou ilicitude, consagra o «abuso do direito» como uma realidade específica e autónoma. Exercer um direito, mas fora dos seus limites legais, é uma coisa; outra é, exercê-lo dentro desses limites, mas por forma abusiva. A distinção entre essas duas situações parece bem demarcada nos arts. 269.º e 268.º em que se prevê, respectivamente, e com regimes diferentes, a «representação sem poderes» e o «abuso da representação».

A doutrina que para a definição do «abuso do direito» utiliza o conceito de «limitações ao exercício do direito» parece-nos francamente positiva, sem prejuízo do que mais adiante diremos. Positiva, antes de mais, porque postula um claro nexo entre o «abuso do direito» e o seu exercício, ou seja, a sua prática actuação. Positiva ainda, porque assegura desse modo a autonomia do conceito do «abuso do direito», Positiva, finalmente porque se ajusta, adequadamente, ao texto do art. 334.º

no qual o «abuso do direito» vem clara e expressamente conotado com o «exercício de um direito».

Todavia e apesar dessas virtudes, a doutrina em causa afigura-se-nos ainda bastante dominada pelo sortilégio da fórmula «abuso do direito», apesar da sua reconhecida e proclamada obscuridade. Resulta daí, a nosso ver, que a figura do «abuso do direito» fica envolvida em certo halo de indefinição, impeditivo de uma visão satisfatória dos seus traços principais. Importa, certamente, ultrapassar esse aspecto negativo da doutrina de «limitações ao exercício do direito» — o que a seguir tentaremos fazer.

O conteúdo do direito subjectivo é fixado (directa ou indirectamente) pela lei, pela menção quer em termos gerais quer em termos específicos, dos poderes ou actos que, pelo respectivo titular podem ser exercidos ou praticados. O conteúdo assim definido marca os limites do direito dentro dos quais o titular pode livremente actuar.

A teoria do «abuso do direito» que, a partir de certo momento histórico foi acolhida na lei, na doutrina e na jurisprudência, não visou, a nosso ver, introduzir na estrutura do direito qualquer factor modificativo ou redutor do seu conteúdo, nem tão pouco restringir no âmbito desse conteúdo, a liberdade da actuação do titular.

Por outro lado e segundo nos parece, o significado actual daquela doutrina não se esgota numa mera abstenção ou proibição de actos abusivos; antes co-envolve um claro imperativo endereçado ao titular do direito para que o exerça correctamente, em atenção aos interesses fundamentais da comunidade. Não se trata de ferir ou afectar a liberdade de actuação do titular na esfera do seu direito; mas de imunizá-la de possíveis vícios e desvios que a pudessem desfigurar. Nesta perspectiva, o «abuso do direito» longe de ser um «limite» ao exercício do direito, deve antes ser entendido como meio de sua potenciação jurídica, pelo decorrente reforço dos laços de solidariedade social de que o titular do direito exercido é também beneficiário.

Pelo que respeita ao nosso direito positivo, a norma fundamentadora daquele dever de conduta encontra-se precisa-

mente no art. 334.º — texto este que à luz do que ficou dito, deve ser interpretado, segundo se nos afigura, não como mera norma proibitiva do abuso, mas antes, como comando positivo que vincula o titular do direito ao dever *de o exercer de modo normal*, para utilizar a fórmula do art. 255.º, n.º 3. Assim, haverá «abuso do direito» quando esse dever legal for inobservado.

VI. O enquadramento da figura do «abuso do direito», nos termos expostos, consente alguns corolários que convém registar desde já.

Assim, e antes de mais, na medida em que o acto abusivo implica a violação de um dever legal, ele deve ser considerado como *acto ilícito* e nesse sentido deve ser interpretada a expressão incolor e ambígua que o art. 334.º utiliza quando diz que o exercício abusivo do direito é «ilegítimo». A ilicitude da coacção moral, quando esta consista na ameaça do exercício anormal do direito, está aliás afirmada no citado art. 255.º, n.ºs 1 e 3.

Uma outra consequência é a de que fica demonstrada a autonomia conceitual do «abuso do direito» no quadro geral dos actos ilícitos. O acto abusivo é ilícito, não porque se tenha actuado em desconformidade com o direito exercido. Bem pelo contrário, ele postula que ele foi praticado dentro dos limites desse direito e a ilicitude da actuação resulta tão só da violação do aludido dever que o titular do direito tem, de o exercer normalmente.

Corolário será ainda o de que o «abuso do direito» não pode fundamentar a exclusão ou negação do próprio direito exercido. A violação do *dever do exercício normal*, apenas justificará que se pretenda ou se autorize a remoção ou neutralização dos efeitos, jurídicos ou práticos, decorrentes do abuso.

Por outro lado, dada a natureza imperativa já assinalada, da norma consagradora do «abuso do direito», impõe-se concluir que a sua aplicação está excluída do domínio da disponibilidade das partes. E finalmente, terá de se entender, pela mesma razão, que o Tribunal pode e deve conhecer do «abuso do direito» *ex officio*, como aliás se decidiu nos Acs. da Relação de Évora de 4/5/76 e 8/6/76, respectivamente, in B.M.J. 260, pág. 185 e

Col. Jur. ano I, tomo 2.º, pág. 409. Não é por isso de aplaudir a doutrina do Ac. da Relação do Porto de 17/4/68, in Jur. Rel., ano 14, pág. 424, em que se julgou que o Tribunal não tinha o dever funcional de tomar conhecimento officioso do «abuso do direito».

VII. O texto do art. 334.º, suscita alguns outros problemas um dos quais é o de determinar a extensão da expressão «exercício de um direito» nele utilizada.

É por demais sabido que o termo «direito» como poder legal subjectivado, pode apresentar-se na experiência jurídica, sob modalidades com estruturas e funções diferentes e sob este aspecto a doutrina distingue, pelo menos, as seguintes espécies de direitos: direitos subjectivos propriamente ditos, direitos potestativos e direitos funcionais.

O exercício de qualquer dessas espécies de «direitos» é susceptível de ser abusivo? Ou haverá que admitir restrições em relação a algumas dessas espécies ou dentro de uma determinada espécie, a certos direitos?

A doutrina francesa fala a este propósito em «direitos absolutos ou discricionários» que seriam insusceptíveis de abuso, dado o carácter insindicável do seu exercício. Seriam «direitos absolutos ou discricionários», entre outros, o direito de desherdação e de testar nos limites da quota disponível, o direito de reclamar a partilha de bens indivisos, o de exigir meação na muro divisório, o direito de dar por finda a tolerância para com o detentor etc.

Mas esta opinião, pela dificuldade de se fixar um critério relativamente seguro para a delimitação do conceito de «direitos discricionários», parece ter entrado em crise na doutrina mais recente que põe mesmo em causa a existência de qualquer espécie de direitos que *à priori* se possa dizer excluída do controlo judicial, à luz da teoria do «abuso do direito».

Esta lição parece de aproveitar no nosso caso e de harmonia com ela, entendemos — como aliás entre nós tem sido entendido — que a expressão «direito» utilizada pelo art. 334.º, deve ser interpretada em sentido amplo, de forma a abranger em

princípio, tanto o direito subjectivo propriamente dito, como os direitos potestativos ou os direitos funcionais.

Efectivamente, nada inculca que o texto legal tenha querido adoptar um conceito restrito do direito subjectivo e parece que nem haveria razão para tal, uma vez que todos os direitos ou poderes legais subjectivados são de, um modo geral, susceptíveis de exercício anormal. Isso não exclui naturalmente que, na prática, a figura do «abuso do direito» se revele com mais frequência, relacionada com o exercício de certos direitos e nomeadamente, com os direitos de gozo, reais ou pessoais, e particularmente com o exercício dos poderes que se incluem no direito da propriedade (art. 1305.º).

Serão também de incluir na expressão «direito» do art. 334.º as realidades correntemente designadas por «liberdades»? Do ponto de vista técnico-jurídico como se sabe, o conceito de «direito» enquanto poder legalmente atribuído para uma determinada finalidade particular, é diferente do conceito de «liberdade» enquanto prerrogativa que pode ser exercida em todas as direcções.

A questão posta é discutida especialmente a propósito da liberdade de contratar e mais precisamente, quanto à hipótese da «recusa de contratar».

A recusa de contratar, ou seja, o não-exercício da liberdade de contratar pode eventualmente ser qualificada como abusiva e recair sob a alçada da ilicitude do art. 334.º, quando se verificarem os pressupostos nele estabelecidos?

Naturalmente que estão fora de questão aqueles casos em que, por força de lei expressa ou em razão do particular estatuto de certas entidades ou pessoas ou por outras razões, há o dever legal específico de contratar, porque então a recusa de contratar é ilícita, não por ser abusiva mas por violar o aludido dever.

Fora de tais casos, é muito duvidoso, a nosso ver, que o não-exercício da liberdade de contratar possa dar lugar a qualquer situação enquadrável na doutrina do abuso do direito expressa no art. 364.º E o que se diz do não exercício da liberdade de contratar será possível dizer — segundo pensamos — do não-exercício de quaisquer outras liberdades.

Não pode esquecer-se, apesar de tudo, na interpretação do art. 334.º, a preocupação geralmente manifestada na doutrina quanto ao perigo de indiscriminada extensão da figura do «abuso do direito». Por isso, se parece justificado atribuir à expressão «direito» do art. 334.º um sentido amplo como atrás ficou dito, aliás com inteiro respeito da regra de continência expressa no n.º 2 do art. 9.º, não encontramos razão suficiente para nela se incluírem realidades que — como acontece com as liberdades — são estruturalmente distintas.

Falamos no não-exercício das liberdades, mas *quid-juris* quanto ao exercício delas? Se tal exercício se apresentar, por hipótese, ofensivo da boa-fé ou dos bons costumes poderão os actos, em tais circunstâncias praticados, ser abrangidos pelo art. 334.º?

Inclinamo-nos a pensar que não, em face das razões anteriormente aludidas a propósito do não-exercício das liberdades. Mas isso não quer dizer que aqueles actos não possam ser ou não sejam mesmo passíveis de reprovação jurídica à luz de outras regras do direito. Assim, por exemplo, na vasta área em que se processa o exercício da liberdade negocial, haverá que ter em conta certamente o importantíssimo princípio consignado no art. 227.º, n.º 1, no qual se impõe, sob pena de responsabilidade civil, a observância das «regras de boa-fé tanto nos preliminares como na formação do negócio». Nesta mesma área são de citar também os arts. 280.º, n.º 2, e 281.º, por força dos quais será nulo o negócio cujo objecto ou fim seja ofensivo «dos bons costumes» sob a reserva neste último caso, de o fim ser comum a todas as partes.

Para concluir a análise que temos estado a fazer no sentido de captar o entendimento da fórmula «exercício do direito», falta falar das hipóteses do não-exercício do direito.

Exercer ou não exercer um direito é, pelo menos, no nosso sistema jurídico e nos sistemas jurídicos de idêntica inspiração, um acto livre e por isso, poderão ser aqui transportadas as considerações anteriormente feitas quanto às liberdades e seu exercício ou não-exercício.

A questão reveste-se porém de particular melindre relativamente ao direito de propriedade privada, dada a marcada

componente social da sua função que, embora não expressamente consagrada na actual Constituição — como acontecia na Constituição de 1933 — não deixa de se captar nas suas entrelinhas.

Se o proprietário não exerce os poderes que integram o seu direito, *quid-juris*? Há quem entenda que a conduta será ilícita, mas não havendo norma especial que tutele os interesses sociais, o proprietário não sofrerá quaisquer consequências.

Dada a natureza indeterminada dos poderes do proprietário, o não uso poderá ser havido como forma de «exercício do direito», e daí que, em princípio, parece não ser de excluir a aplicação do art. 334.º e a qualificação de ilegítimos aos actos abusivos praticados pelo proprietário em tais circunstâncias. Simplesmente, não se vislumbra na nossa lei qualquer regime geral de sanção para tais circunstâncias, não obstante poderem contender com a função social da propriedade.

VIII. No evidente propósito de reduzir de algum modo os riscos de uma apreciação subjectivística, o legislador introduziu no texto do art. 334.º para se poder determinar em cada caso concreto, se houve ou não «abuso do direito», alguns *critérios ou factores objectivantes* os quais constituem, por isso, limites legais da aplicação do preceito.

Assim, para que a face desse artigo se possa dar como verificado o exercício abusivo do direito, preciso é, antes de mais, que o acto exceda os «*limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes*» ou, «*pelo fim social ou económico do direito*» exercido. E para além disso, será preciso ainda que esse excesso seja *manifesto*.

A boa-fé a que o art. 334.º se refere, é a chamada boa-fé objectiva, aquela que se traduz num determinado modo de agir, numa exigência de certo comportamento marcado por critérios de prudência e moderação, tendo em atenção, numa perspectiva de solidariedade social, o respeito dos legítimos interesses alheios.

Daí que a avaliação da boa-fé, no contexto do art. 334.º, postule, por parte de quem tiver de o aplicar, a reconstrução e assunção de um padrão objectivamente qualificável como

«conduta correcta», à base do qual terá depois de decidir se o exercício, em concreto, de um certo direito, está ou não de acordo com os ditames de boa-fé.

A observância desses ditames, como necessário pressuposto do exercício normal do direito, permite qualificar como abusivos actos praticados pelo titular do direito que impliquem um «*venire contra factum proprium*» ou seja, em contradição com a sua conduta anterior, objectivamente considerada. Também aqui poderá haver ofensa à regra da boa-fé, fundamentadora da *exceptio doli*, tal como acontece nos demais casos, em que essa regra não é respeitada.

Pelo que respeita aos «bons costumes», por esta expressão se entende — como é sabido — aquele mínimo de valores morais (ideais e convicções) geralmente aceites numa dada comunidade. A respectiva definição — sob pena de afectar gravemente a segurança da justiça — não pode por isso ser extraída a partir das concepções mais severas ou mais complacentes do julgador.

Um acto só violará a norma da «contrariedade dos bons costumes» quando o Tribunal estiver convencido de que ele seria inequivocamente reprovado quando referido — como escreve Larenz — à «maneira ética de pensar da maior parte dos contemporâneos e cidadãos».

A referência no art. 334.º aos limites impostos pela «boa-fé» e pelos «bons costumes», dada a carga ética de qualquer destes conceitos, responde à preocupação do legislador de não desgarrar inteiramente a ordem jurídica da ordem moral. Já o mesmo não acontece porém, quanto àqueles outros limites também previstos nesse artigo, e relacionados com o «fim económico ou social» do direito exercido, pois aqui estão em causa, numa linha de valoração sociológica e economicística, os fins práticos que a ordem jurídica tem em vista tutelar, pela atribuição dos direitos.

Mas a determinação do «fim económico ou social» do direito só poderá ser feita casuísticamente — o que, se exclui a elaboração de uma doutrina geral, postula e reclama, por outro lado, do julgador e outros operadores do direito, cuidado conhecimento das infra-estruturas socio-económicas que aliecerçam o ordenamento jurídico.

Ficou atrás dito que, nos termos do art. 334.º, não basta que haja excesso dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico ou social do direito, tornando-se ainda necessário que esse excesso seja *manifesto*.

A razão justificativa de tal exigência legal, no plano dogmático, parece dever ser procurada na própria característica particular de que se reveste a figura de «abuso do direito». Trata-se, na verdade e sempre, de um direito que se exerce e este exercício, justamente porque apoiado na norma que o legitima, beneficia de uma espécie de presunção de normalidade. Por isso se compreende que a lei só consinta a qualificação do exercício do direito como abusivo, quando a violação dos limites estabelecidos do art. 334.º, e a que já fizemos referência, seja *manifesta*, isto é, *objectivamente clara, evidente e inequívoca*.

Além disso, e colocando a questão em um outro plano — o dos poderes do juiz e seus limites — a exigência legal no sentido de que o excesso deve ser «manifesto» terá sido também motivado pela preocupação, já assinalada, de reduzir, no possível, os riscos do arbítrio judicial ou de mero subjectivismo na apreciação.

Na medida em que o acto abusivo se apresenta como violador do dever legal do exercício normal do direito, ele é — conforme atrás ficou dito — *um acto ilícito*.

Afastando-se neste ponto do texto do Código helénico, onde expressamente se declara, como vimos, que o abuso do direito é «proibido» (isto é, ilícito), o nosso art. 334.º, preferiu dizer que é «ilegítimo». Mas quer-nos parecer que a disparidade dos vocábulos tem alcance meramente semântico e formal, sem que fique por esse modo adulterada a real e efectiva desconformidade entre o acto abusivo e a norma jurídica. Entre nós, a doutrina de modo geral, é concorde em qualificar o acto abusivo como acto ilícito.

Mas, como se sabe, a ilicitude pode ser *objectiva* ou *subjectiva*. No primeiro caso, a qualificação da ilicitude, é obtida, pelo confronto entre o acto (na sua materialidade) e a norma; o acto será ou não lícito se for conforme ou desconforme com tal norma. No segundo caso, a qualificação da ilicitude implica

além disso, uma valoração subjectiva porquanto exige que o acto traduza uma vontade livre e consciente do autor.

A que tipo de ilicitude, deve ser referido o exercício abusivo do direito, nos termos do art. 334.º? A nossa doutrina manifesta-se no sentido de que o abuso do direito, segundo esse artigo, envolve um ilícito objectivo, e daí o falar-se na *concepção objectiva do abuso do direito*. A letra da lei, conforta esta opinião, sobretudo quando posta em paralelo com o texto do art. 483.º, sobre a responsabilidade civil aquiliana. E no mesmo sentido vai a *ratio legis*, pois perante a violação dum comando jurídico, de tão primacial importância para o equilíbrio da vida social, não parece que a qualificação da ilicitude do acto abusivo pudesse ficar dependente de dolo ou culpa do seu autor.

Não quer isto dizer obviamente, que na apreciação em concreto de um determinado acto abusivo, seja irrelevante a atitude culposa ou dolosa do titular do direito, até porque neste último caso sobretudo, a intencionalidade, o ânimo de prejudicar ou defraudar, contribuirá certamente, para tornar mais vincado e mais chocante o excesso cometido.

IX. No decurso desta exposição, tivemos a oportunidade de aqui e além, referir, a propósito de várias questões que a problemática do abuso do direito suscita, algumas decisões dos nossos Tribunais. Nesta parte do trabalho, aditaremos mais algumas que nos foi possível recolher, e julgamos útil arrolar, dada a particular importância que assume nesta matéria, o «apport» da prática judiciária.

Da capacidade de intervenção da jurisprudência depende, efectivamente, a maior ou menor projecção que a figura do abuso do direito» e a sua influência regularizadora possam ter na experiência jurídica. Pensamos que a esse respeito, os nossos Tribunais embora denunciem a partir do novo Cód. Civil e sobretudo, nestes últimos anos, alguma tendência para ampliar o horizonte da aplicação da doutrina legal do «abuso do direito», encaram-na ainda com algum retraimento e indecisão, provavelmente devidos, em grande parte, ao relativamente escasso contributo que a doutrina nacional lhes proporciona.

As decisões judiciais que a seguir vão ser indicadas — dados os limites desta exposição logo de início indicados — reportam-se todas ao art. 334.º do Cód. Civil, e abrangem, sobretudo, a última década.

Algumas delas proporcionam subsídios para a construção do conceito jurídico-positivo do «abuso do direito», ou mais precisamente, para a interpretação do art. 334.º, enquanto outras — em maior número — ora admitindo, ora recusando a subsunção das espécies nelas apreciadas, no espaço normativo daquele artigo legal, delimitam o seu campo de aplicação. Todas serão referidas numa intenção predominantemente informativa e, por isso, de um modo geral, sem qualquer preocupação crítica.

a) *Concepção objectiva do «abuso do direito».*

Foi dito oportunamente que no art. 334.º se mostra acolhida uma concepção objectiva do «abuso do direito». Esta afirmação é compartilhada pela jurisprudência do nosso mais alto Tribunal, como se pode verificar dos Acs. de 21/4/72, in B.M.J., n.º 216, pág. 173, e mais recentemente, do Ac. de 2/3/78 in B.M.J., n.º 275, pág. 214.

b) *Conhecimento oficioso do «abuso do direito».*

Quanto ao poder-dever do Tribunal no que toca à apreciação oficiosa do «abuso do direito», foram já referidas decisões judiciais pelo que a este respeito nada mais haverá que acrescentar agora. Apenas se dirá que o sentido dessas decisões confere, logicamente, com a natureza imperativa da norma que impõe o exercício normal do direito;

c) *Ilicitude do acto abusivo.*

No Ae. do S.T.J., de 21/4/72 já citado, a «ilegitimidade» do acto abusivo é assimilada à «ilicitude», a acto «contrário à lei». No mesmo sentido podem ser citados também os Acs. de S.T.J. de 21/11/72, in B.M.J., n.º 221, pág. 253 e de 15/4/75, in B.M.J., n.º 246, pág. 138.

d) *Significado do termo «manifestamente».*

Sobre o sentido do advérbio «manifestamente» o Ac. de Rel. de Lisboa de 13/12/68, in Jur. Rel., n.º 14, pág. 944, enten-

deu haver «excesso manifesto» se o autor do acto abusivo «ultrapassar ostensivamente» os limites referidos no art. 334.º e o Ac. posterior da mesma Rel. (Ac. de 25/4/69, in Jur. Rel., ano 15, pág. 364), usando linguagem porventura mais enfática, entendeu haver tal excesso quando o acto for «clamorosamente ofensivo do sentimento jurídico socialmente dominante.» Nesta mesma linha se orientou o Ac. da Rel. de Évora de 8/6/76 (in Col. Jur. ano 1.º, tomo 2, pag. 409), nos termos do qual há excesso manifesto em caso de «procedimento ... clamorosamente chocante para o sentimento jurídico dominante na colectividade».

e) *Dever de actuação coerente;*

No Ac. da Rel. de Coimbra, de 1/7/77, in Col. Jur., ano 2.º, tomo 4.º, pág. 800, se configurou o *venire contra factum proprium* como uma, entre outras, manifestação de conduta ofensiva da boa fé e por isso, qualificável como «abuso do direito»;

f) *Efeitos do abuso do direito;*

No que toca aos efeitos do «abuso do direito», no citado Ac. do S.T.J. de 21/4/72, se doutrinou que ele não consiste apenas em dar lugar à obrigação de indemnizar, podendo também ser «causa da anulação» do acto abusivo. E no seguimento da mesma ideia, um outro Ac. do S.T.J. de 15/4/75, in B.M.J. n.º 246, pág. 138 decidiu na espécie nele apreciada, que a sanção do abuso do direito podia ser a «modificação das cláusulas de um contrato». No Ac. da Rel. do Porto, de 20/4/78, in Col. Jur. ano 3.º, tomo 2.º, pág. 680, lucidamente se escreveu, em termos de doutrina geral, quanto aos efeitos do «abuso do direito», o passo seguinte:

«... para além de uma indemnização por prejuízos sofridos, pode compreender-se, genericamente, como sanção adequada à natureza do abuso, um qualquer processo em que se consiga a paralização do respectivo direito; mas o que não pode é suprimir-se o próprio direito a pretexto de que o seu exercício é abusivo...»

Mais recentemente, no Ac. da Rel. de Lisboa, de 23/1/79 in Col. Jur. ano 4.º, t. 2.º pág. 108 — a que adiante faremos melhor referência — também se decidiu em termos de se admi-

tir que o abuso do direito podia conduzir à ilegitimidade a por isso, à inadmissibilidade do exercício do direito, quando abusivo.

g) *Pretensão fundada em acto nulo por falta de forma.*

Nos Acs. do S.T.J. de 20/11/73, in B.M.J. n.º 231, pág. 155, de 17/12/74, in B.M.J., n.º 242, pág. 257 e 20/3/73 no B.M.J. n.º 225, pág. 196, se firmou jurisprudência no sentido de que a invocação da nulidade da forma, como fundamento da pretensão ajuizada, não constitui «abuso do direito».

Mas antes desses arestos, o Ae. da Rel. do Porto de 16/7/71, in B.M.J. n.º 210, pág. 173, em jurisprudência que, salvo o devido respeito, temos por excessiva, decidira que «o senhorio pode invocar a nulidade por falta de forma de um arrendamento verbal para comércio, indústria ou profissão liberal, ainda que ela lhe seja imputável e mesmo que tenha sido ele quem induziu o inquilino a não formalizar o negócio».

h) *Deliberações sociais.*

Parece consolidada, entre nós, a jurisprudência no sentido de que são nulas por «abuso do direito» as deliberações sociais quando tomadas no exclusivo interesse dos sócios que a aprovam ou de terceiros, em prejuízo da sociedade ou dos outros sócios. Nesta orientação podem ser lembrados os Acs. da Rel. do Porto de 13/12/67, in Jur. da Rel. ano 13, pág. 957, Ac. do S.T.J. de 21/4/72 in B.M.J., n.º 216, pág. 173 e de 21/4/72, in B.M.J. n.º 221, pág. 253; e Ac. Rel. do Porto de 23/1/79 in Col. Jur. ano 4.º, tomo 1.º, pág. 277.

Enquadra-se também em tal orientação um outro, relativamente recente Ac. da Rel. de Lisboa de 17/11/78, in Col. Jur. ano 3.º, tomo 5.º, pág. 552, no qual se decidiu que «a substancial redução do vencimento de um gerente quando traduza a atitude discriminatória e reveladora do propósito de provocar o seu afastamento sem benefício, antes com prejuízo, para a sociedade, constitui abuso do direito da respectiva deliberação que é por isso anulável».

i) *Contrato de locação.*

No Ac. da Rel. de Coimbra, de 24/1/76, in Col. Jur. ano 1.º, tomo 3, pág. 586, se decidiu que não há abuso do direito no

exercício pelo senhorio do direito à resolução do contrato com fundamento em sublocação inválida,

Na sentença do Juiz da 1.^a Vara Cível do Porto, de 31/1/78, in Col. Jur. ano 4, tomo 2, pág. 707, foi decidido que não excede os limites da boa fé, dos bons costumes ou do fim social do contrato e por isso não incorre em «abuso do direito», o senhorio que se limita a exigir do inquilino aquilo a que este se obrigou por cláusula expressa no contrato.

No já citado Ac. da Rel. de Lisboa de 23/1/79, se julgou que o direito de preferência reconhecido ao inquilino no arrendamento habitacional, nos termos do n.º 1 do art. 1.º do Dec.-Lei n.º 420/76, de 28 de Maio, ou é restrito a quem não disponha de outra habitação ou não poderá ser legitimamente exercido pelo titular que é simultaneamente inquilino doutra habitação que ele mantém ocupada em seu nome, por a isso se opor o abuso do direito nos termos do art. 334.º do Cód. Civil.

Neste douto Ac. se interpretou aquele texto legal no sentido de que a preferência legal em causa não é absoluta ou incondicionada não sendo por isso de reconhecer a quem, como a R. na acção, era inquilina de uma outra habitação ocupada em seu nome. E a esse respeito se escreveu:

«Ou terá de entender-se que a directa interpretação do sentido e alcance do preceito contida no art. 1.º, n.º 1 do Dec.-Lei n.º 420/76, revela que o direito de preferência aí consignado é restrito ao preferente que não disponha de outra habitação ou não sendo assim, que ao menos, será ilegítimo à face do disposto do art. 334.º do Cód. Civil, o exercício desse direito por quem é inquilino doutra habitação ocupada em seu nome, por numa clara situação do abuso do direito, exceder então manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pela própria função social e económica que aquele diploma lhe assinala e o seu preâmbulo bem revela».

Finalmente, no Ac. do S.T.J. de 22/2/79, in B.M.J. n.º 284, pág. 192, se decidiu de que não abusa do seu direito, nem constitui violação dos arts, 13.º e 65.º da Constituição o senhorio que intenta a acção de despejo com fundamento na falta de pagamentos de rendas, não havendo ele accionado outros seus inquilinos do mesmo prédio nas mesmas circunstâncias. O R. era

«desalojado» do ex-ultramar e oferecera-se para pagar as rendas em atrazo por prestações de acordo com a sua minguada capacidade financeira.

j) Modificação das cláusulas do contrato por alteração das circunstâncias.

No Ac. do S.T.J. de 15/4/75, citado, foi decidido ser lícita a modificação das cláusulas de um contrato na medida em que, de outro modo, se excederiam manifestamente os limites de boa fé.

É interessante o caso, considerado neste aresto:

Ficara estipulado num determinado contrato que as prestações devidas pelo R. seriam satisfeitas em moeda corrente nacional; mas prevenindo eventual desvalorização do escudo, ficara ainda clausulado que as prestações seriam actualizadas por referência ao ouro fino, na base de Esc. 35\$20 cada grama de ouro.

O Supremo, no referido Ac., interpretou essa cláusula de actualização no sentido de ela não significar que as prestações devessem acompanhar sempre o valor do ouro, mas tão só prevenir prejuízos eventuais do Ac, decorrentes da desvalorização do escudo, ou seja, da diminuição do seu valor de compra

A partir de 1971 — pondera o Ac. — o ouro atingiu imprevisivelmente preços elevadíssimos, pois teve uma subida de 84,6 %, enquanto o custo de vida aumentou apenas de 33,8 %.

Assim e por isso, concluiu o Sup., para compensar o A. pela depreciação do escudo, a prestação deve ter um aumento de apenas 33,8 % como os R.R. sustentam e não de 84,6 % como aquele pretendia. Esta pretensão observa o Supremo porque implica reparação superior ao prejuízo sofrido é contrária à boa fé e recai sob a alçada do art. 334.º, na base do qual há lugar à correcção do valor das prestações.

l) Eficácia externa da relação creditória.

No Ac. da Rel. de Coimbra de 21/2/68, in Jur. Rel. ano 14, pág. 185, se doutrinou constituir abuso do direito o facto de o terceiro cooperar conscientemente na violação de uma obrigação alheia, acompanhada de circunstâncias graves e cho-

cantes da consciência social, com o fim exclusivo de prejudicar outrem.

m) *Exercício do direito contrário ao seu fim económico e social.*

O Ac. do S.T.J. de 28/5/76, in B.M.J. n.º 257, pág. 110, recaiu sobre o seguinte caso:

O A., proprietário de um prédio urbano constituído por sub-cave, cave, loja, r/c, e cinco andares, quis instalar um ascensor para benefício dos utentes; mas para tanto, precisava de sacrificar uma pequena parte da sub-cave, além de que os cabos do ascensor teriam de passar pela cave. Com base nos respectivos títulos de arrendamento, os inquilinos da cave e da sub-cave opuseram-se à dita instalação, apesar de o A. ter manifestado a sua disposição de os ressarcir dos prejuízos que viessem a sofrer.

Na 1.ª instância, em procedência da acção, foram os R.R. condenados a não fazer oposição à instalação do ascensor, e a decisão veio a ser confirmada na Relação e posteriormente, no Supremo por via do Ac. supra citado.

Neste Ac. pondera-se que:

— a instalação do ascensor traz benefícios para os utentes e vantagens para o A., mas por outro lado, traz prejuízos para os inquilinos da sub-cave e cave, além de mais porque eles sofrem redução, embora muito limitada, das áreas locadas e perante os dois interesses em conflito deve prevalecer o dos proprietário nos termos do art. 335.º

— a oposição dos R.R., injustificada porque não se vê que prejuízos podem eles sofrer com a pequena redução da área de que aliás serão indemnizados, é carente de interesse e contraria o fim económico e social da faculdade que a lei lhes confere de não ver reduzida uma pequena parte da área do local arrendado.

n) *Direito de reivindicação.*

O caso apreciado no atrás citado Ac. da Rel. de Évora de 8/6/76, era o seguinte: o pai dos A.A. dono de um determinado terreno, autorizara que os R.R., nele construíssem um prédio para sua habitação, sem qualquer restrição temporal ou outra — prédio este que eles construíram e onde habitam

há mais de 14 anos. Os A.A., pretendem agora que o terreno lhes seja restituído, mas o Ac. em referência, rejeitou a pretensão com fundamento de que ela era abusiva. No Ac. se lê que o procedimento dos A.A. como titulares do direito, é «clamorosamente chocante» para o sentimento jurídico dominante na colectividade, podendo perfeitamente sob esta perspectiva, considerar-se ofensivo do sãõ sentimento do povo e provocar por isso mesmo uma viva reacção por parte da consciência jurídica da comunidade».

o) Amortização de quota.

No Ac. do S.T.J. de 22/2/72, in B.M.J., n.º 214, pág. 142, se decidiu que a cláusula que para determinação do preço de amortização manda atender ao último balanço, tem de entender-se no sentido de que este deve ter sido aprovado por todos os sócios, a não ser que dela conste de modo explícito que o último balanço será relevante mesmo que só tenha sido aprovado por maioria.

Não havendo tal restrição, a deliberação que fixa o preço da amortização não podia ser imposta aos herdeiros do sócio, que não estavam presentes na respectiva assembleia, apesar de estes a não terem impugnado.

A não ser assim, a sociedade locupletar-se-ia sem justa causa, verificando-se um caso de abuso do direito de amortização.

p) Interdição por demência.

Na acção de interdição por demência, há abuso do direito nos termos do art. 344.º do Cód. Civil, — foi decidido no já citado Ac. da Rel. de Coimbra, de 21/2/68, in Jur. Rel. ano 14, pág. 185 — se a acção é proposta com o fim repreensível verificado quando a injustiça ou inutilidade da pretensão do A. forem manifestas, havendo apenas o desejo de vexar, alegando-se factos sem consistência para, com sua publicidade, causar dano à reputação da pessoa visada.

X. Eis-nos chegados ao fim deste trabalho que, apesar das suas deficiências — fruto das circunstâncias desfavoráveis

em que foi preparado — ousamos esperar possa ter alguma utilidade. Acrescentaremos apenas mais algumas palavras.

Numa sociedade como a nossa, decidida a construir-se e viver sob o signo da democracia, a liberdade do indivíduo é certamente um valor fundamental. E essa liberdade, no plano normativo-jurídico e particularmente no campo do direito privado, toma o nome de direito subjectivo.

Mas há cerca de dois séculos o autor do «Espírito das leis», escreveu que «a liberdade não é independência; não consiste em fazer o que se quer, mas em poder fazer o que se deve fazer». Neste «poder fazer o que se deve fazer» se condensa afinal toda a doutrina do «abuso do direito», consagrado no art. 334.º

Por via dele se coloca na mão dos Tribunais, um poder importante e uma responsabilidade não menos importante. O poder de detectar e corrigir, à luz dos grandes princípios informadores do sistema, os eventuais desvios da actividade jurídica prática. E responsabilidade também, de não deixar desvitalizar o ordenamento jurídico e de assegurar que o direito possa ser livremente actuado na esfera que lhe é própria.

Através de algumas decisões judiciais anteriormente referidos, será possível concluir — segundo nos parece — que venida uma primeira fase de certo retraimento, a nossa jurisprudência se esforça por explorar, talvez ainda com alguma indecisão, mas de um modo geral com louvável ponderação e equilíbrio, os novos horizontes da aplicabilidade da doutrina do «abuso do direito». Importa que neste seu meritório esforço, seja ajudada pela doutrina mais do que esta o tem feito até agora.