

---

**EMPRESA E PROPRIEDADE**  
**FUNÇÃO SOCIAL E ABUSO DE**  
**PODER ECONÔMICO**

QUARTIER LATIN

---

## 1. A CONSTRUÇÃO DO ESTADO SOCIAL

### 1.1. A REACÇÃO AO INDIVIDUALISMO EGÓISTA DO ESTADO LIBERAL

Embora o paradigma do Estado social apenas tenha se consolidado no século XX, foi sendo lentamente construído a partir da década de 30 do século XIX, época em que começaram a se formar movimentos em defesa da classe operária, tal como o liderado por Robert Owen.

Foram inúmeras as contribuições teóricas e os movimentos sociais que se desenvolveram, desde então, contra a exploração e a degradação do ser humano e em favor de uma maior igualdade efetiva, inclusive no que diz respeito à distribuição da riqueza social.

Para os efeitos do presente estudo, merecem atenção três vertentes de pensamento que, constituindo diferentes respostas para a mesma crise do paradigma do Estado liberal, influenciaram a superação do individualismo egoísta que o caracterizava: (i) o socialismo e o marxismo, (ii) a sociologia e a teoria da solidariedade social, iniciada por Comte e adaptada e revisada por Durkheim e (iii) o social liberalismo de John Stuart Mill.

#### 1.1.1. O SOCIALISMO UTOPICO E O MARXISMO

Apesar de o socialismo não ser uma criação do século XIX, as desigualdades e as contradições decorrentes do paradigma do Estado liberal tiveram um papel decisivo para o desenvolvimento e o prestígio das teorias socialistas. O diagnóstico feito por MARX e ENGELS (2002, p. 2), logo no início do Manifesto Comunista, era inquestionável: a sociedade burguesa, longe de ter abolido as diferenças, *estabeleceu novas classes, novas condições de opressão, novas formas de lutar no lugar das antigas*.

As teorias socialistas surgidas a partir da primeira metade do século XIX foram chamadas por MARX e ENGELS (2002, pp. 56-80) de utópicas, pois partiam do princípio de que as modificações necessárias na economia e na sociedade liberais deveriam vir não de uma ação política ou revolucionária, mas de uma reestruturação da própria sociedade e das instituições, o que não implicava necessariamente o comunismo<sup>173</sup>. Destacam-se, dentre os seus

173

PROUDHON (1970, pp. 280-281), por exemplo, entendia que o comunismo era tirânico e injusto, motivo pelo qual propunha uma síntese entre o comunismo e a propriedade, cujo resultado seria a liberdade; vista sob uma perspectiva de igualdade e dignidade, em que todos tivessem condições de levar a sua própria vida. Portanto, Proudhon tentava conciliar os aspectos social e individual da vida humana. Já Saint-Simon era favorável à supressão da propriedade privada e ao dirigismo estatal, como se observa pela seguinte lição de RÉALE e ANTISÉRI (1990, v. III, p. 178): *Saint-Simon e seus discípulos desenvolveram firme campanha contra o parasitismo e a injustiça; e, para favorecer a justiça, insistiram na idéia de eliminar a propriedade privada, revogar o direito de herança (de modo a abolir o "acaso do nascimento") e planejar a economia, tanto a agrícola como a industrial*.

principais representantes, Owen, Saint-Simon, Fourier e Proudhon<sup>174</sup>.

Enquanto os socialistas utópicos, em seus projetos de reforma social, levavam em consideração pontos de vista éticos e jurídicos, os socialistas científicos ou marxistas adotavam o materialismo dialético ou histórico, assentado basicamente em dois postulados: (i) o de que as relações de produção consistiriam a estrutura da sociedade e (ii) o de que a evolução social, a partir das lutas de classes, levaria ao comunismo<sup>175</sup>.

Para Marx, a idéia cartesiana de que seria possível o conhecimento imediato era equivocada, já que o modo de produção da vida material dominaria o desenvolvimento da sociedade, da política e do intelecto<sup>176</sup>. Daí a sua famosa frase segundo a qual não seria a consciência que determina o ser, mas sim o ser social

174

MARX e ENGELS (2002, pp. 56-60), consideravam Owen, Saint-Simon e Fourier socialistas utópicos, já que estes entendiam que a mudança que possibilitaria a superação dos antagonismos de classe deveria vir da própria sociedade, ou seja, por meio de uma nova ciência social, novas leis sociais e uma reestruturação da sociedade como um todo, discussão que transcendia, inclusive, à luta de classes. É exatamente pela pretensão de se colocarem fora da luta de classes que tais idéias dos socialistas utópicos perderiam, para Marx e Engels, o seu valor prático e as suas justificativas teóricas. Já Proudhon é considerado desdenhosamente por MARX e ENGELS (2002, p. 54) como um socialista burguês, nos seguintes termos: *Uma parte da burguesia deseja compensar as injustiças sociais, para assegurar a continuidade da existência da sociedade burguesa. (...) Podemos citar Philosophie de la Misère, de Proudhon, como um exemplo desta forma. A burguesia socialista quer todas as vantagens das condições sociais modernas sem as lutas e os perigos que necessariamente resultam disso. Deseja o estado da sociedade existente sem os seus elementos revolucionários e desintegradores. Quer uma burguesia sem um proletariado. O melhor dos mundos, pensa a burguesia, é o mundo no qual ela domina. Não obstante, Proudhon é normalmente considerado como socialista utópico exatamente por partilhar com os demais nomes do movimento a preocupação de uma reforma da sociedade a partir de critérios de éticos e jurídicos e não exclusivamente económicos (HUGON, 1995, pp. 197-207; RÉALE e ANTISÉRI, 1990, v. III, pp. 181-183).*

175

O aspecto dialético do materialismo marxista resulta da sua compreensão da evolução histórica da sociedade sempre a partir da renovação das lutas e conflitos entre a classe dos detentores da produção e a classe dos fornecedores da força de trabalho (HUGON, 1995, p. 212). A tese da evolução histórica partia das crises do capitalismo observadas no século XIX, a partir das quais Marx sustentava que, assim como o capitalismo constituiu no passado uma força econômica necessária, propiciando o desenvolvimento das forças produtivas da humanidade, no presente já não estaria em condições de preencher suas funções econômicas, até porque já trazia em si o germen da sua própria destruição (HUGON, op.cit., p. 217). Segundo ARON (2002, p. 196), Marx não negava a existência de muitos grupos intermediários entre os capitalistas e a classe operária; mas entendia que a evolução do capitalismo levaria a uma polarização entre estas duas classes, pois as classes intermediárias não possuiriam iniciativa nem dinamismo histórico. Em razão dessa evolução histórica, Marx acreditava em que, assim como o capitalismo havia tomado o lugar do feudalismo, a crescente industrialização da sociedade e a melhor organização da classe proletariada iria fazer com que a propriedade passasse a ser coletiva. HUGON (1995, p. 213) destaca um trecho de Marx, em seu famoso livro "Ideologia Alemã", no qual se percebe bem o determinismo histórico da teoria marxista: *O comunismo não é para nós um ideal segundo o qual a vontade deve ser regulada. Chamamos de comunismo o movimento real que abolirá o estado atual. As condições desse movimento resultam das bases atualmente existentes*.

176

Se as relações de produção constituem a estrutura da sociedade, as outras instituições (políticas, religiosas, morais, jurídicas, etc.) não são mais do que superestruturas, assim entendidas como um produto secundário da estrutura econômica, que se modificam sempre que esta se modifica. As ideologias ou falsas consciências, que seriam erradas representações e expressões por influência inconsciente dos interesses de classe e da realidade econômica, fazem igualmente parte da superestrutura (FASS, 1970, p. 112).

que determina a consciência<sup>177</sup>. Consequentemente, *as idéias jurídicas, morais, filosóficas, religiosas, etc., dependem, são condicionadas ou são o reflexo e a justificação da estrutura econômica* (REALE; ANTISERI, 1990, v. III, p. 196).

É nesse contexto que deve ser entendido o conceito de ideologia para Marx, pois defendia ele que a classe controladora dos meios de produção material teria a seu dispor os instrumentos para propagar suas idéias na sociedade.

Em face desses pressupostos, Marx deixou um rico e complexo trabalho<sup>178</sup>, cuja crítica principal dirige-se, antes de tudo, à coisificação do homem resultante do capitalismo, sistema no qual o trabalhador seria *simples animal burro de carga cujas necessidades se limitam exclusivamente a necessidades corporais* (MARX, 2002, p. 74) e cuja força de trabalho era negociada como mercadoria, ainda que o mesmo tivesse que pagar com a sua fome ou miséria a eventual falta de demanda por seus serviços<sup>179</sup>.

Por outro lado, Marx impingiu dois violentos ataques às premissas da teoria econômica tradicional: (i) mostrou que as leis da economia capitalista não eram universalmente válidas, mas sim uma construção social e histórica (ARON, 2002, p. 208) e (ii) salientou que as relações econômicas não poderiam ser tratadas de forma abstrata, desconsiderando que os objetos reais da sua análise são homens e que esses homens vivem em sociedade e não isolados<sup>180</sup>.

A partir daí, Marx construiu a sua teoria da exploração, que está associada ao conceito de mais-valia, que seria a parcela do valor do trabalho do operário que, não lhe sendo voltada em forma de salário, seria apropriada pelo capitalista<sup>181</sup>.

177 Como Marx escreveu no Prefácio a Por uma crítica da economia política, o materialismo histórico consiste na tese segundo a qual “não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, o seu ser social que determina a sua consciência. “Isso leva a especificar a relação existente entre a estrutura econômica e superestrutura ideológica. (REALE, ANTISERI, 1990, v. III, p. 194). De forma mais sintética, HUGON (1995, p. 212) define o materialismo histórico como a tese de acordo com a qual as transformações de ordem material determinarão todas as transformações de ordem ideológica.

178 ARON (2002, p. 191), ao se referir à teoria marxista, lembra que toda teoria que pretende tornar-se ideologia de movimento político, ou doutrina oficial de um Estado, deve prestar-se à simplificação para os simples e à sutileza para os sultis. Essa advertência deve estar bem viva ao se analisar o pensamento de Marx, a fim de se evitar as reduções e as deformações do seu pensamento.

179 Diz MARX (2002, p. 66): *A procura de homens regula necessariamente a produção de homens como de qualquer outra mercadoria. Se a oferta é muito maior que a procura, então parte dos trabalhadores cai na miséria ou na fome. Assim, a existência do trabalhador torna-se reduzida às mesmas condições que a existência de qualquer outra mercadoria. O trabalhador transformou-se numa mercadoria e terá muita sorte se puder encontrar um comprador.*

180 A ideia do indivíduo isolado seria, para Marx, uma mera ficção do utilitarismo, pois todo o fenômeno econômico é simultaneamente um fenômeno social, e a existência de determinado tipo de economia pressupõe a existência de um certo tipo de sociedade (GIDDENS, 2000, p. 38). O artificialismo da economia política, ao abstrair o homem e ao considerá-lo apenas sob a noção individual, busca resconder, na verdade, algo que seria intrínseco ao capitalismo, que é a divisão de classes.

MARX (1999, p. 85) partia do princípio de que seria o trabalho que constituiria o valor dos produtos, motivo pelo qual o valor produzido deveria pertencer ao operário, como se observa pelo trecho

Como resultado deste processo, o trabalho deixava de ser uma fonte de afirmação do trabalhador, tornando-se um meio de negação e de alienação, esta última entendida como o processo pelo qual o homem se tornaria estranho a si mesmo (MARX, 2002, pp. 114-119)<sup>182</sup>. Esse o motivo pelo qual Marx apostava no comunismo, que permitiria a *eliminação positiva da propriedade privada como auto-alienação humana e, desta forma, a real apropriação da essência humana pelo e para o homem* (MARX, 2002, p. 138).

É fácil perceber que o comunismo, para Marx, não se restringia à abolição da propriedade privada, aspecto que, inclusive, nunca suscitou maiores problemas para ele, até por considerar que tal direito já não existia para a parte substancial da população<sup>183</sup>. O comunismo seria, na verdade, uma forma de suplantar a auto-alienação e assegurar a plenitude do homem<sup>184</sup>.

182 seguinte: *Se o valor de troca de um produto é igual ao tempo de trabalho contido nele, o valor de troca de um dia de trabalho é igual a seu produto. Ou então o salário tem que ser igual ao produto do trabalho.* Marx, portanto, adota a teoria do valor-trabalho. No entanto, HUGON (1995, pp. 228-229) mostra que a concepção de Marx é simplista e chega a deformar o problema do valor econômico, na medida em que desconsidera aspectos fundamentais, tais como a utilidade dos bens, a raridade, dentre outros. Não é sem razão que REALE e ANTISERI (1990, v. III, p. 208) destacam que a inadequação da teoria valor-trabalho é hoje reconhecida pelos próprios economistas marxistas. ARON (2002, pp. 211-212), do contrário, sustenta que a teoria do valor-trabalho marxista não ignorava as variações da demanda sobre o preço das mercadorias; apenas entendia que a quantidade de trabalho é o único elemento quantificável das mesmas.

183 Destaca-se o seguinte trecho de MARX (2002, pp. 111-112): *O trabalhador torna-se tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, quanto mais a sua produção aumenta em poder e extensão. O trabalhador torna-se uma mercadoria tanto mais barata, quanto maior o número de bens que produz. Com a valorização do mundo das coisas, aumenta em proporção direta a desvalorização do mundo dos homens. O trabalho não produz apenas mercadorias; produz-se também a si mesmo e ao trabalhador como uma mercadoria, e justamente na mesma proporção com que produz bens. Tal fato implica apenas que o objeto produzido pelo trabalho, o seu produto, opõe-se a ele como ser estranho, como um poder independente do produtor. O produto do trabalho é o trabalho que se fixou num objeto, que se transformou em coisa física, é a objetivação do trabalho. A realização do trabalho constitui simultaneamente a sua objetivação. A realização do trabalho aparece na esfera da economia política como desrealização do trabalhador, a objetivação como perda e servidão do objeto, a apropriação como alienação. Outro trecho que merece atenção é o seguinte (idem, p. 157): *A alienação não se revela apenas no fato de que os meus meios de vida pertencem a outro, de que os meus desejos são a posse inaltingível de outro, mas de que tudo é algo diferente de si mesmo, de que a minha atividade é qualquer outra coisa e que, por fim – e é também o caso para o capitalista —, um poder inumano impera sobre tudo.**

184 Isso está claro no Manifesto Comunista (MARX; ENGELS, 2002, p. 34): *Vocês estão horrorizados com a nossa intenção de acabar com a propriedade privada. Mas na sua sociedade, a propriedade privada já acabou para nove décimos da população. A sua existência para os poucos deve-se simplesmente à sua não existência para esses nove décimos. Vocês nos condenam, portanto, pela intenção de acabar com uma forma de propriedade, a condição necessária para aqueles cuja existência é a não existência de qualquer propriedade para a maioria da sociedade.*

Referindo-se ao comunismo, prossegue MARX (2002, p. 138): *É, deste modo, o retorno do homem a si mesmo como ser social, ou melhor, verdadeiramente humano, reformo esse integral, consciente, que assimila toda a riqueza do desenvolvimento anterior. O comunismo como naturalismo interiormente evoluído = humanismo, como humanismo inteiramente desenvolvido = naturalismo, estabelece a resolução autêntica do antagonismo entre o homem e a natureza, entre o homem e o homem. É a verdadeira solução do conflito entre a existência e a essência, entre a objetivação e a auto-afirmação, entre a liberdade e a necessidade, entre o indivíduo e a espécie.*

A eliminação da propriedade privada era vista, pois, em um contexto de afirmação da própria personalidade.<sup>185</sup> Toda a crítica de Marx ao capitalismo vem da pretensão de reconhecer o homem enquanto indivíduo, afastando a dominação de uns sobre os outros.<sup>186</sup> Em alguns momentos, o discurso marxista não difere muito do enaltecimento da dignidade da pessoa humana observado em Kant<sup>187</sup>, embora muitas vezes a distinção entre a individualidade e a vida social ou “genérica” não fique muito clara.<sup>188</sup>

O grande problema de Marx foi achar que a emancipação humana só poderia ocorrer por meio do comunismo, sem observar o abismo entre esses dois conceitos.<sup>189</sup> O ideal marxista, ainda que estivesse muito distante de um totalitarismo de Estado,<sup>190</sup> não deixava de ser um extremismo, contradizendo as suas propostas emancipatórias.

185 Segundo MARX (2002, p. 139), *ao pressupor a eliminação positiva da propriedade privada, o homem produz a si mesmo e se produz a si mesmo a aos outros homens; como o objeto, que constitui a atividade direta da sua personalidade, é ao mesmo tempo a sua existência para os outros homens e a sua existência para si. Logo, a supressão da propriedade privada constitui, desde modo, a emancipação total de todos os sentidos e qualidades humanas* (MARX, op.cit., p. 143). Em face disso, GIDDENS (2000, p. 46), referindo-se à obra de Marx, conclui que *o comunismo não nega, portanto, a individualidade de cada pessoa.*

186 Diante da preocupação de Marx com a emancipação do homem, DUMONT (2000, p. 157) afirma textualmente que *Marx é essencialmente individualista.*

187 Essa exaltação do indivíduo pode ser vista no seguinte trecho de MARX (2002, p. 147): *Um ser só é independente quando é senhor de si mesmo, e só é senhor de si próprio quando a si mesmo deve a existência. O homem que vive pelo favor de outros se considera como ser que depende. Vivo completamente do favor de outro, quando lhe devo não só a manutenção da minha vida, mas também a sua criação, quando ele é a fonte da minha vida e a minha vida possui fundamentalmente fora de si a fonte da sua própria criação. Por consequência, é muito difícil suprimir da consciência popular a idéia de criação. Tal consciência é incapaz de conceber que a natureza e o homem existem por si mesmos, porque semelhante existência desmente todos os fatos palpáveis da vida prática.*

188 Como, por exemplo, no seguinte trecho (MARX, 2002, p. 140): *A vida individual e a vida genérica do homem não são diferentes, por mais que – e isto é necessário – o modo de existência da vida individual seja um modo mais específico ou mais geral da vida genérica, ou por mais que a vida genérica constitua uma vida individual mais específica ou mais geral.*

189 É interessante a seguinte observação de GIDDENS (2000, pp. 46-47): *Pelo contrário, Marx argumenta que a sociedade comunista permitirá o desenvolvimento integral das potencialidades e capacidades de todos os homens, o que é impossível em todos os outros sistemas anteriores de produção. Marx não considera que essa afirmação seja paradoxal. Só na comunidade social o homem se pode individualizar, por intermédio da utilização dos recursos facultados pelos produtos coletivos.*

190 MARX e ENGELS (2002, pp.43-44) deixam claro que pretendiam, com o comunismo, a extinção do poder político e a existência de uma associação, na qual o desenvolvimento livre de cada um é a condição para o desenvolvimento livre de todos. REALE e ANTISERI (1990, v. III, pp. 202-203) descrevem minuciosamente como Marx distinguia o seu comunismo, que seria o autêntico, do comunismo grosseiro, que atribuiria a propriedade ao Estado, reduzindo todos os homens a proletários e negando a própria personalidade do homem. Marx acreditava que, abolida a propriedade privada, o poder político se reduziria gradualmente, até acabar. Como o Estado é visto por Marx como uma organização que os burgueses criam para proteger sua propriedade e seus interesses, não haveria necessidade do poder político quando não houvesse mais propriedade privada e nem classes sociais. No mesmo sentido, ARON (2002, p. 198) destaca que, para Marx, a supressão das contradições de classe deve levar logicamente ao desaparecimento do Estado, pois a política e o Estado são, na aparência, o suproduto ou a expressão dos conflitos sociais. Vale ressaltar a advertência de GIDDENS (2000, p. 100) de que não se encontra na obra de Marx a ordem social que viria após o capitalismo, pois, na medida em que se dissocia do socialismo utópico, Marx recusa-se a apresentar um plano completo para a edificação da sociedade do futuro.

No entanto, é inequívoco que a obra de Marx, em razão da sua originalidade e da força dos seus argumentos, teve uma importância fundamental na superação do paradigma do Estado liberal.

Embora Marx continue analisando o homem sob uma perspectiva econômica-reducionista, seja porque o concebe sempre no contexto da luta de classe, seja porque considera que a consciência humana é resultado da estrutura econômica, ataca um dos cerne do *homo oeconomicus*, propondo uma questão cuja importância permanece até a atualidade: como poderia a existência humana ser considerada pela economia a partir de uma racionalidade voltada exclusivamente para a acumulação de dinheiro.<sup>191</sup>

Apesar do extremismo da proposta comunista, baseada também em uma visão objetivista da história, o marxismo propiciou um vigoroso ataque ao individualismo possessivo do paradigma anterior, ressaltando o caráter social e intersubjetivo da vida humana.<sup>192</sup> considerando a necessidade como critério de justiça distributiva<sup>193</sup> e suscitando a discussão sobre a legitimidade da propriedade privada, que não poderia ser considerada como um dado inquestionável e imutável.<sup>194</sup>

Outro aspecto importante da obra de Marx foi o de propiciar a discussão, na economia, de questões éticas, filosóficas e sociológicas.<sup>195</sup> Acresce que tal tenta-

191 As reflexões sobre o caráter agnóstico da sociedade burguesa ficam claras especialmente nesse trecho (MARX, 2002, p. 156): *Quando a economia política afirma que a procura e a oferta se equilibram mutuamente, esquece-se logo de que, segundo a sua própria afirmação, a oferta de homens (teoria da população) excede sempre a procura e que, por conseguinte, a desproporção entre a procura e a oferta tem a sua expressão mais decisiva no resultado essencial de toda a produção – a existência do homem. Até que ponto o dinheiro, que surge como meio, constitui o verdadeiro poder e o único objetivo – até que ponto em geral o meio, que me dá o ser e a posse de um ser objetivo estranho, e um fim em si mesmo...*

192 Antes de tudo, é importante evitar que a “sociedade” se considere novamente como uma abstração em antagonismo com o indivíduo. O indivíduo é o ser social. A manifestação da sua vida – mesmo quando não surge diretamente na forma de uma manifestação comunitária, realizada juntamente com outros homens – constitui, assim, uma expressão e uma confirmação da vida social (MARX, 2002, p. 140).

193 REALE e ANTISERI (1990, v. III, p. 202) mostram que Marx, na “Crítica ao programa de Gotha, de 1875, afirma que a nova sociedade teria como lema de cada qual segundo a sua capacidade e a cada qual segundo sua necessidade.

194 Essa passagem de MARX (2002, p. 110) é particularmente insigante: *A economia política tem início no fator da propriedade privada. Não o esclarece. Concebe o processo material da propriedade privada, como ele ocorre na realidade, em fórmulas gerais e abstratas que em seguida lhe servem de leis. Não compreende tais leis, ou seja, não explana como elas decorrem da essência da propriedade privada. A economia política não fornece qualquer explicação sobre o fundamento da divisão do trabalho, do capital e da terra.*

195 A observação de ARON (2002, p. 236) é precisa sobre esse aspecto da obra de Marx: *Quaquer que seja a interpretação exata que se dê a essa alienação econômica, parece-me que a idéia central é bastante clara. A crítica da realidade econômica do capitalismo no pensamento de Marx era, na sua origem, uma crítica filosófica e moral, antes de se tornar uma análise rigorosamente sociológica e econômica. No mesmo sentido, HUGON (1995, p. 244) salienta que é esta tentativa de reintegração da filosofia e da sociologia no estudo econômico que imprime à síntese de Marx o seu cunho mais original e interessante, afirmando, posteriormente, que esta reintegração realizou de maneira*

tiva de trazer os valores para a discussão dos problemas sociais e econômicos não ocorreu de forma ingênua. Marx ressaltou, com o seu conceito de estrutura, superestrutura e ideologia, que o conhecimento não é neutro, mostrando, segundo GIDDENS (2000, p. 78), que *as circunstâncias sociais em que se exerce a atividade dos indivíduos condicionam a sua percepção do mundo em que vivem.*

Ao assim fazer, salientou que as teorias econômicas liberais, ao contrário de serem naturais, eram fortemente ideológicas, de forma que somente a relação dos economistas clássicos com a estrutura do domínio de classe burguês poderia justificar que estes fossem incapazes de compreender o caráter limitado e tendencioso de suas doutrinas (GIDDENS, 2000, p. 79).

### 1.1.2. A SOCIOLOGIA E A TEORIA DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

#### 1.1.2.1. AUGUSTE COMTE E A FUNÇÃO SOCIAL

Em oposição ao individualismo do Estado liberal, o desenvolvimento da sociologia enquanto ciência, atribuído a Auguste Comte, revelou a preocupação de se buscar na sociedade explicações que antes eram atribuídas exclusivamente ao indivíduo.

A ênfase no aspecto social não foi uma mera coincidência em relação ao socialismo. Comte era amigo e colaborador de Saint-Simon<sup>196</sup>, comungando com este a idéia de que, para superar a crise social então existente, seria necessária uma reforma ou reorganização social e não uma revolução (FASSÔ, 1970, pp. 134-135).

Para entender melhor o projeto de reforma social de Comte, não se pode esquecer do seu positivismo sociológico, segundo o qual a ciência deveria se basear exclusivamente nos fatos positivos observados e identificados pelas leis causais<sup>197</sup>. Dessa maneira, Comte propôs-se a resolver a crise do mundo moderno por meio do estu-

do das leis da sociedade, a partir das quais se poderia estabelecer um sistema de idéias científicas que presidiria a reorganização social (ARON, 2002, p. 92).

A observação das leis da sociedade levou à conclusão de que a espécie humana seria caracterizada pela *sociabilidade essencialmente espontânea* (COMTE (1989, p. 109). Dessa maneira, Comte retornou a própria idéia de contrato social liberal, que partia do pressuposto de um homem isolado e livre na natureza que resolveria unir-se voluntariamente em sociedade<sup>198</sup>. A sociabilidade espontânea do homem ainda foi levada por COMTE (1989, p. 111) às últimas consequências, entendendo que *o homem propriamente não existe, só pode existir a humanidade, de vez que todo nosso desenvolvimento é devido à sociedade, sob qualquer relação com que seja encarada.*

Toda a filosofia de Comte está relacionada à solidariedade social, que seria o elo natural entre os homens<sup>199</sup>, reconhecido por meio da divisão do trabalho existente nas sociedades modernas<sup>200</sup>. Mas a exaltação da solidariedade, embora representasse uma ruptura com o paradigma liberal, não implicou uma adesão ao socialismo<sup>201</sup>.

Comte, na verdade, adotava uma solução intermediária. Nos termos da precisa síntese de ARON (2002, pp. 99-100), Comte criticava o liberalismo por achar que este descontextualizava o fenômeno econômico do todo social, mas estava do lado dos liberais no que se refere à crença de que os interesses sociais são harmônicos e não consistem em uma luta de classes. Assim, o problema da sociedade seria, antes de tudo, uma questão de organização e de desenvolvimento da riqueza, o que possibilitaria uma conciliação final de interesses (*idem*).

Essa a razão pela qual Comte não era contra a propriedade privada, mas buscou mudar o seu sentido por meio da função social<sup>202</sup>, que orientaria o seu exercí-

196 particular a importância da evolução estrutural das instituições, o relativismo dos sistemas e das leis econômicas e a necessidade de conhecer o comportamento do grupo para passar da psicologia individual à explicação dos fenômenos sociais.

197 Não é sem razão que DUMONT (2000, p. 114) afirma que o nascimento da sociologia está intimamente ligado ao socialismo em um dos mestres de Comte, e talvez o mais próximo dele, o genial e exaltado Saint-Simon.

198 O positivismo foi um movimento intelectual que dominou grande parte da cultura europeia de cerca de 1840 até às vésperas da Primeira Guerra Mundial (REALE e ANTISERI, 1990, v. III, p. 295). É uma filosofia da Europa industrial, cuja característica essencial é rechaçar a metafísica, a fim de se basear somente em fatos positivos (FASS, 1970, p. 134). Apesar das várias vertentes, o positivismo apresenta alguns conceitos comuns, tais como o de que o único método de conhecimento é o das ciências naturais (observação, identificação das leis causais e seu domínio sobre os fatos) e isto valerá para o estudo da sociedade. Há uma grande exaltação da ciência como meio de resolver todos os problemas humanos e sociais, assim como um clima de otimismo e de vontade de progresso (REALE e ANTISERI, 1990, v. III, pp. 297-298).

198 ARON (2002, p. 93) acentua esse aspecto de Comte, em oposição a Marx e aos liberais: *Montesquieu e Tocqueville atribuem uma certa primazia à política, à forma do Estado; Marx, à organização econômica. A doutrina de Auguste Comte se baseia na idéia de que toda sociedade se mantém pelo acordo entre os espíritos. Só há sociedade na medida em que seus membros têm as mesmas crenças.* Segundo COMTE (1989, p. 111), *o conjunto da nova filosofia deverá sempre fazer ressaltar, tanto na vida ativa como na especulativa, a ligação de cada um a todos, sob um grande número de aspectos diversos, de modo a tornar involuntariamente familiar o sentimento íntimo da solidariedade social, convenientemente estendida a todos os tempos e a todos os lugares.*

199 Frise-se que, para COMTE (1989, pp. 122-125), a solidariedade nas sociedades modernas é vista no contexto da divisão do trabalho, que tanto pode levar à solidariedade como à desintegração social, na hipótese de os homens passarem a se colocar sob uma perspectiva individualista, perdendo a relação da ação especial de cada indivíduo com o conjunto da ação social cada vez mais complexa. De acordo com ARON (2002, p. 98), *Auguste Comte define sua própria teoria da sociedade industrial pelas críticas que dirige aos economistas liberais e aos socialistas. Sua versão da sociedade industrial não é nem liberal nem socialista, mas poderia ser definida como a teoria da organização (...).*

202 Não é demais lembrar que, como mostra Fábio Konder COMPARATO (1996, p. 40), *o substantivo função, na língua matriz, é derivado do verbo deponente fungor (functus sum, fungi), cujo significado do primigênio é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa.*

cio para o bem da sociedade, acabando com o seu caráter arbitrário e pessoal<sup>203</sup>. O próprio conceito de função já ressaltava o escopo de buscar o interesse alheio<sup>204</sup>.

Apesar de Comte defender uma posição intermediária entre o liberalismo e o socialismo, o positivismo sociológico que lhe dava amparo implicava uma redução demasiada da importância do indivíduo, que era visto como um mero componente da sociedade. Esta, por sua vez, ganhava uma vida própria, que prescindiria até mesmo dos interesses dos indivíduos<sup>205</sup>.

Não obstante os exageros em que incorreu, é inequívoca a importância histórica da teoria de Comte, ao ressaltar a sociabilidade e a solidariedade naturais, propiciando a discussão sobre a função social da propriedade e mesmo sobre a intervenção do Estado na economia, que se justificaria para o fim de preservar o espírito de conjunto que deve predominar como característica de qualquer governo (COMTE, 1989, p. 189).

O redescobrimiento da importância da sociedade também representou um violento ataque aos pressupostos da teoria econômica que se formara no Estado liberal, que considerava os fenômenos econômicos apartados do todo social, superestimando a eficácia dos mecanismos de troca<sup>206</sup>.

A falha da teoria de Comte foi a de acabar caindo em um extremismo similar ao da teoria econômica, partindo do princípio de que o sistema de leis positivas da sociedade teria a resposta para todos os problemas da época. Logo, a economia, a política e o direito acabaram sendo totalmente desconsiderados enquanto fontes de integração social, sendo este último, inclusive, visto como um fenômeno determinado por forças sociais que tenderia a desaparecer com a evolução da humanidade, momento em que a obra dos juristas seria substituída pela obra dos sociólogos (FASSO, 1970, pp. 135-136).

203 ARON (2002, pp. 101-102) possui uma descrição precisa sobre essa característica do pensamento de Comte: *A propriedade privada é necessária, inevitável, indispensável; mas só é tolerável quando assumida, não com o direito de usar e abusar, mas como o exercício de uma função coletiva por aqueles que a sorte ou o mérito pessoal designou para isso. Comte assume, portanto, uma posição intermediária entre o liberalismo e o socialismo. Não é um doutrinário da propriedade privada, concebida à maneira do direito romano. Não é um reformador que se inclina à socialização dos meios de produção. É um organizador que deseja manter a propriedade privada e transformar seu sentido, para que, embora exercida por alguns indivíduos, tenha também uma função social. Essa concepção não se ataria muito de certas doutrinas do catolicismo social.*

204 De fato, como adverte COMPARTATO (1986, p. 41), *se analisamos mais de perto esse conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder.*

205 De acordo com FASS (1970, p. 135), Comte substituiu a própria complexidade da vida, pretendendo reduzir tudo a uma unidade filosófica cujo centro seria a sociologia.

206 Segundo ARON (2002, p. 99), a crítica de Comte aos economistas foi retomada pela maior parte dos sociólogos franceses da escola de Durkheim, criando-se uma certa hostilidade entre os sociólogos e os economistas.

### 1.1.2.2. DURKHEIM E A TENTATIVA DE CONCILIAR A SOLIDARIEDADE E A INDIVIDUALIDADE

Não se pode falar em teoria da solidariedade social sem mencionar a obra de Durkheim, que igualmente fez uma pesada crítica aos pressupostos do Estado liberal, demonstrando que o homem é um ser social e que é a integração social que dá sentido à sua vida. Embora seguidor de Comte, inclusive no que diz respeito ao método positivista, Durkheim propôs diversos temperamentos ao pensamento do seu mestre, possibilitando uma interpretação da solidariedade que não aniquilasse a individualidade, mas que, pelo contrário, se conciliasse com esta<sup>207</sup>.

Em sua tese de doutorado, *A Divisão do Trabalho*<sup>208</sup>, Durkheim procurou demonstrar que, ao contrário do que entendia Comte, a sociedade moderna, estruturada pela divisão do trabalho, não mais estaria submetida a um consenso moral. Mas isto não implicaria uma extinção das relações de solidariedade, e sim uma transformação e uma redefinição das mesmas.

Segundo Durkheim, apenas as sociedades arcaicas estariam assentadas em um consenso moral ou na “solidariedade mecânica”, que seria a consciência coletiva baseada na identidade, de forma que a personalidade individual restava absorvida pela personalidade coletiva (DURKHEIM, 2001, p. 83). Já as sociedades modernas, caracterizadas pela divisão do trabalho, estariam estruturadas por uma “solidariedade orgânica”, cujo pressuposto seria exatamente a individualidade e a diferença entre os indivíduos quanto a crenças e ações. Logo, a solidariedade orgânica só é possível se cada um tiver uma esfera própria de ação e, consequentemente, uma personalidade (idem).

Com isso, DURKHEIM (2001, p. 85) procurou mostrar que, do ponto de vista da evolução histórica, a solidariedade mecânica que caracterizaria as sociedades arcaicas foi progressivamente substituída pela solidariedade orgânica. Tal constatação permitia, ao mesmo tempo, refutar o princípio iluminista da Revolução Francesa, em que o indivíduo aparece isolado e autônomo no Estado de natureza, como também a teoria econômica prevalente, segundo a qual a

207 BELLAMY (1994, pp. 114) destaca o contexto de conciliação entre liberalismo e socialismo na obra de Durkheim: *A nova doutrina do solidarismo destinava-se a harmonizar o individualismo, o corporativismo e a moralidade, dentro de uma estrutura essencialmente liberal.*

208 AITIMA GIDDENS (2000, p. 117) que o conteúdo polêmico do livro dirige-se principalmente contra o livro também é uma crítica à idéia de Comte de que apenas com um consenso moral fortemente definido poderia haver a ordem social. Na verdade, Durkheim propunha-se a solucionar a aparente contradição entre o individualismo que caracteriza a sociedade moderna e a inserção social do homem sem a qual nenhuma sociedade pode subsistir.

divisão do trabalho seria uma consequência das relações de produção e do aumento da riqueza, tal como entendia Smith. Durkheim inverteu a relação proposta pela economia, mostrando que a divisão do trabalho foi a causa e não a consequência do desenvolvimento econômico da sociedade moderna.<sup>209</sup>

Mas a grande preocupação de Durkheim era a de salientar que a passagem da solidariedade mecânica para a orgânica, embora apenas ocorresse com a acentuação da individualidade, não poderia ser substituída pelo culto ao indivíduo. Se o *relativamento social pressupõe que dois seres dependem mutuamente um do outro porque ambos são incompletos e ele nada mais faz do que exteriorizar essa dependência mútua* (DURKHEIM, 2001, p. 64), a sociedade moderna haveria que buscar uma nova solidariedade moral, a ser estabelecida espontaneamente entre os indivíduos.<sup>210</sup>

Nesse ponto, Durkheim, assim como Comte, apontou para a insuficiência da obra dos economistas clássicos, na medida em que supunham que seriam as relações econômicas, estabelecidas sob a perspectiva do indivíduo maximizador de prazer pessoal, a fonte única de integração social. Para Durkheim, do contrário, era inadmissível a idéia de estudar os fenômenos econômicos como se fossem independentes das normas e das crenças morais da sociedade, até porque as funções econômicas seriam funções sociais, que não poderiam ser explicadas quando deslocadas do contexto social.

Como consequência, Durkheim propôs uma reconciliação entre a economia e a moral, argumentando que o *problema da economia é ético por natureza; seu objetivo é moral* (DURKHEIM, 2003, p. 16)<sup>211</sup>. Assim, as relações econômicas deveriam se preocupar, antes de tudo, com a concepção de ser humano que pretendiam realizar. Isso fica claro na análise de Durkheim sobre a remuneração dos trabalhadores, oportunidade em que afirma que *o salário dos operários não depende somente das relações entre a oferta e a procura, mas de certas concepções morais; aumenta ou diminui segundo a noção que fazemos do bem-estar mínimo que um ser humano pode desfrutar, ou seja, em última análise, segundo a idéia que fazemos de pessoa humana* (DURKHEIM, 2001, p. 44).

209 Como explica ARON (2002, p. 465), se a solidariedade mecânica precedeu à orgânica, a busca racional do aumento da produção não pode explicar a diferenciação social, pois esta busca pressupõe justamente tal diferenciação social.

210 Registra-se a seguinte passagem de DURKHEIM (2001, p. 64): *Somos assim levados a considerar a divisão do trabalho sob um novo aspecto. Neste caso, com efeito, os serviços econômicos que ela proporciona são de menor monta ao lado do efeito moral que produz, e sua verdadeira função é criar entre duas ou mais pessoas um sentimento de solidariedade.*

211 Segundo DURKHEIM (2003, p. 16), importante acima de tudo não é saber como produzir tanto quanto seja possível, mas saber como vivem as pessoas, saber até que ponto a atividade econômica realiza os fins morais da vida, as exigências de justiça, humanidade e moralidade, que se impõem a toda sociedade humana.

Tais assertivas comprovam que, para Durkheim, o problema da sociedade moderna, longe de ser apenas econômico, era um problema de organização e moralização, aspecto no qual a sua obra se assemelha ao socialismo utópico. De fato, a sociedade moderna afastara as crenças religiosas e não as substituíra por nada que garantisse a coesão social. Havia, nesse ponto, uma irônica coincidência na obra dos economistas e dos socialistas científicos, na medida em que as duas vertentes acreditavam que medidas econômicas poderiam solucionar a crise da sociedade moderna (GIDDENS, 2000, p. 149).

As ciências sociais, inclusive a economia, precisavam restabelecer, portanto, o compromisso com os valores. Nesse processo, Durkheim, ao contrário de Comte, valorizava o papel do direito como fonte de integração, entendendo que este era o que havia de mais estável e preciso na relação social.<sup>212</sup> Aliás, a óbvia existência da solidariedade que decorre da divisão do trabalho<sup>213</sup> teria como símbolo visível exatamente o direito.<sup>214</sup>

A necessidade de uma maior reflexão a respeito do direito e da moral se justificaria porque apenas seria possível a integração social quando a solidariedade decorrente da divisão do trabalho fosse espontânea e organizada de acordo com os talentos e capacidades e não quando fosse imposta pela classe dominante.<sup>215</sup>

Não havendo a integração social por meio da moral e do direito, haveria a anomia, que seria um efetivo estado de ausência de normas, em que os indivíduos, mesmo os pertencentes à classe dominante, se encontrariam perdidos (DURKHEIM, 2001,

212 Não é sem razão que FASS (1970, p. 139) considera que Durkheim reduziu toda a sociologia à sociologia do direito.

213 A seguinte passagem de DURKHEIM (2001, pp. 66-67) mostra bem a obviedade da solidariedade social: *Não temos apenas que verificar se, em certos tipos de sociedades, existe uma solidariedade social que decorra da divisão do trabalho. Esta é uma verdade evidente, visto que, se a divisão do trabalho é muito desenvolvida, ela produz solidariedade. Mas é preciso sobretudo determinar em que medida a solidariedade por ela produzida contribuiu para a integração geral da sociedade: somente então sabremos até que ponto ela é necessária, se é um fator essencial da coesão social ou, ao contrário, se não passa de uma condição acessória e secundária. Portanto, a solidariedade seria algo decorrente obrigatoriamente da divisão do trabalho, cabendo indagar tão somente se esta era apa ou não para a integração social. Prosseguindo, afirma DURKHEIM (2001, p. 67): *Com efeito, a vida social, sempre que exista de maneira durável, tende inevitavelmente a assumir uma forma definida e a se organizar. E o direito não é outra coisa senão essa própria organização, naquilo que ela tem de mais estável e mais preciso. A vida geral da sociedade não pode se desenvolver num certo ponto sem que a vida jurídica se desenvolva ao mesmo tempo e no mesmo sentido. Podemos portanto estar seguros de ver refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social. Vale ressaltar que Durkheim não nega os costumes; apenas aponta o caráter primordial e essencial do direito. Isso fica claro no seguinte trecho (2001, p. 68): *Se portanto podem ocorrer tipos de solidariedade social de que os costumes sejam as únicas manifestações, eles são certamente secundários: o direito, ao contrário, reproduz todos os que sejam essenciais, e são os únicos que temos necessidade de conhecer.***

215 GIDDENS (2000, p. 127) cita um trecho em que Durkheim afirma o seguinte: *Se uma classe da sociedade se vir obrigada, para sobreviver, a prestar seus serviços por qualquer preço, enquanto outra poderá abster-se disso por ter ao seu dispor recursos que não são necessariamente devidos a qualquer superioridade social, a segunda goza por lei de uma vantagem injusta em relação à primeira.*

p. 108). Durkheim associou, inclusive, o estado de anomia ao suicídio, mostrando como a incidência deste variava na razão inversa do grau de integração social. Assim, a desintegração da sociedade em razão da ausência de regras morais que lhe assegurassem a coesão implicava igualmente a desestruturação do indivíduo, o que justificaria ser o suicídio mais freqüente nas classes ricas, em relação às quais as necessidades materiais estariam plenamente atendidas<sup>216</sup>.

Ao assim destacar, Durkheim mostrou a necessidade de serem rediscutidos os laços de solidariedade social, relacionando o suicídio aos valores mais caros para o liberalismo econômico: liberdade e individualismo absolutos. Durkheim mostrou que o ser humano, ao lado da sua individualidade, precisava ter a necessária inserção social para ser feliz e que a ausência de limites, especialmente quanto ao poder e a riqueza, só levava à destruição do homem.

Com isso, Durkheim procurou oferecer uma solução que conciliasse a individualidade e a sociedade<sup>217</sup>, o que representou uma evolução em relação a Comte e também ao comunismo. Não é demais lembrar que Durkheim era claramente contrário ao comunismo, considerando a propriedade privada como parte necessária da individualidade<sup>218</sup>.

216 DURKHEIM (2001, p. 121) é claro ao mostrar que a anomia, como mal das sociedades modernas, atinge de forma mais direta os mais ricos: *A enorme taxa da população que vive de renda (720 por milhão) mostra bem que são os mais afortunados os que mais sofrem. É que tudo o que obriga à subordinação, atenua este estado. As classes inferiores têm ao menos seu horizonte limitado por aquelas que lhe estão sobrepostas e, por isto mesmo, seus desejos são mais definidos. Mas aqueles que têm apenas o vazio acima deles, são quase obrigados a se perder, se não houver força que os faça retroceder. A anomia é, pois, nas nossas sociedades modernas, um fator regular e específico de suicídios; ela é uma das fontes nas quais se alimenta o contingente anual.*

217 A análise de ARON (2002, p. 576) ressalta esse aspecto: *Durkheim quer estabilizar uma sociedade cujo princípio supremo é o respeito à pessoa humana e o desenvolvimento da autonomia individual. Conforme se vê maior ênfase no reitorço das normas pessoais ou ao desenvolvimento da autonomia individual, a interpretação será conservadora ou, ao contrário, racionalista e liberal. A interpretação mais verdadeira é a que combina estas duas visões, aparentemente divergentes. No centro do pensamento de Durkheim, vejo o esforço dirigido para a demonstração de que o pensamento racionalista, individualista e liberal é o termo provisoriamente último da evolução histórica. Esta escola de pensamento, que responde à estrutura das sociedades modernas, deve ser aprovada; contudo, ela implicará simultaneamente o risco de provocar a desagregação social e o fenômeno da anomia, se as normas coletivas, indispensáveis a qualquer consenso, não forem reitorçadas. Realmente, é característica marcante da obra de Durkheim a conciliação da individualidade com os interesses sociais, propósitos que não seriam conflitantes para ele. Como lembra CIDDENS (2000, p. 170), se o homem só obtém a liberdade de que goza devido a ser membro da sociedade tem de se sujeitar à autoridade moral que a existência da sociedade pressupõe.*

218 DURKHEIM (2001, p. 88) associa o comunismo à solidariedade mecânica, como se observa pela seguinte passagem: *O comunismo, com efeito, é o produto necessário dessa coesão especial que absorve o indivíduo dentro do grupo, a parte no todo. A propriedade não é em definitivo que a extensão da pessoa sobre as coisas. Onde a personalidade coletiva é a única, a propriedade também não pode deixar de ser coletiva. Ela só pode se tornar individual quando o indivíduo, se desligando da massa, se torne ele também um ser pessoal e distinto, não apenas enquanto organismo, mas enquanto elemento da vida social. Saltema CIDDENS (2000, pp. 277-278), referindo-se à obra de Durkheim, que o individualismo moral das sociedades contemporâneas exige que sejam removidas todas as barreiras que se ponham à constituição de contratos justos, e não que a propriedade privada seja abolida.*

Exatamente em razão da preocupação com a individualidade, Durkheim era também receoso quanto à possibilidade do crescimento excessivo do Estado, especialmente no que se refere à intervenção centralizadora na economia e na distribuição de riqueza<sup>219</sup>. Outra razão que justificaria uma maior cautela em relação ao aumento do poder estatal seria a preocupação com a democracia. Diante do receio de haver uma tirania burocrática, Durkheim achava que precisava haver grupos secundários fortemente constituídos para contrabalançar o poder do Estado<sup>220</sup>.

### 1.1.3. JOHN STUART MILL E O SOCIAL-LIBERALISMO

Tendo nascido no início do século XIX, Mill pode constatar a ingenuidade do liberalismo ético, cuja premissa era a de que o desenvolvimento dos sentimentos humanos e da sociedade levaria à harmonização entre os planos de vida individuais por meio do mercado<sup>221</sup>.

Por outro lado, a influência do pensamento de Comte já se fazia sentir em meados do século XIX. Isso explica as tentativas de Mill de conciliar a liberdade individual com a justiça social, ao mesmo tempo em que lutava contra o positivismo, visto por ele como uma forma de aniquilação do indivíduo<sup>222</sup>.

Tais circunstâncias possibilitam a compreensão de que, apesar de defender vigorosamente a idéia da liberdade, Mill o fazia principalmente em nome da diversidade, da espontaneidade, da singularidade, do dissenso, da luta contra a opressão do indivíduo pela sociedade ou da opressão das minorias pela maioria<sup>223</sup>. Sua pre-

219 Segundo CIDDENS (2000, pp. 144-149), Durkheim achava que a economia deveria ser regulamentada, inclusive para fins de programas sociais e de assistência aos pobres, mas não poderia ficar confiada inteiramente ao Estado, até porque a redistribuição de riqueza por meio de um controle centralizado da economia não seria uma solução para os problemas da sociedade moderna.

220 Esse aspecto da obra de Durkheim é bem ressaltado por CIDDENS (2000, p. 152), ao mostrar que de acordo com a terminologia de Durkheim, uma sociedade é mais ou menos democrática conforme o grau de comunicação recíproca que se estabelece entre o Estado e os outros níveis da sociedade. Assim, Durkheim propõe uma democracia participativa, valorizando especialmente a importância das associações profissionais.

221 Como sintetiza BELLMY (1994, p. 12): *Os liberais éticos idealizaram as relações de mercado entre os pequenos empresários, características do capitalismo inicial. Eles as encaravam como a base de uma sociedade meritocrática, composta de cidadãos autônomos e responsáveis, que livremente entravam em acordo um com o outro para proveito mútuo e eram movidos por uma "não invisível" rumo a um aperfeiçoamento individual, social, material e moral. Desse modo, a liberdade, a razão, a moralidade e o progresso vêm a ser identificados, e a tese social dá suporte a uma tese filosófica naturalista implícita e mente ética, relacionada à compatibilidade entre as diferentes tomadas de auto-realização.*

222 Segundo MILL (2000, pp. 23-24), o Sr. Comte, cujo sistema social, tal como exposto em seu *Système de Politique Positive*, visa a estabelecer (embora se servindo de recursos morais, em lugar de legais) um despotismo da sociedade sobre o indivíduo que ultrapassasse tudo quanto contemplou o ideal político dos mais rígidos disciplinadores entre os antigos filósofos.

223 Para MILL (2000, p. 11), há um limite para a interferência legítima da opinião coletiva sobre a independência individual, e encontrar esse limite, guardando-o de invasões, é tão indispensável à boa condção dos negócios humanos como a proteção contra o despotismo político.

ocupação maior era a de resguardar o indivíduo diante do perigo de massificação<sup>224</sup>, receio que comungava com o seu amigo TOCQUEVILLE (1998, p. 539), segundo o qual o poder social precisava ser contido e limitado, a fim de que cada homem pudesse conservar o pouco de independência e originalidade que lhe restava<sup>225</sup>.

A diversidade valorizada por Mill não deixava de ser uma antecipação do que viria a ser reconhecido pela filosofia do conhecimento no século XX, ou seja, de que as opiniões são falíveis, motivo pelo qual, quanto maior a divergência e o debate, maiores as chances de se chegar à verdade. Aliás, para MILL (2000, p. 55), qualquer opinião que não fosse discutida de maneira plena, frutuosa e corajosa não seria uma verdade viva, mas um dogma morto.

É nesse contexto que Mill concebe a liberdade como valor supremo, mas jamais apartado de suas preocupações com a ética e com a justiça. A sua obra é um esforço para conciliar o utilitarismo de Bentham<sup>226</sup>, do qual obteve a sua formação filosófica, com questões de justiça<sup>227</sup>, embora nem sempre tenha sido bem sucedido<sup>228</sup>.

A tentativa de equilíbrio entre as liberdades individuais e os interesses sociais é clara em vários trechos do seu pensamento, nos quais defende que o exercício da liberdade não pode causar danos aos outros, assim como não pode

224 BERLIN, na Introdução à obra de Mill *Da Liberdade* (2000, p. XXI), mostra que o livro foi escrito em um período em que a tensão entre o individual e o social já estava latente, descrevendo Mill da seguinte forma: *Defestava e temia a padronização. Percebeu que em nome da filantropia, democracia e igualdade, estava sendo criada uma sociedade em que os objetivos humanos tornavam-se artificialmente menores, e a maioria dos homens estava sendo convertida, para usar a frase de seu reverenciado amigo Tocqueville, em meras “ovelhas industriosas”, entre as quais, em suas próprias palavras, a “mediocridade coletiva” gradualmente sufocava a originalidade e os dons individuais.* No entanto, a preocupação de Stuart Mill com a justiça social é o que verdadeiramente o distingue de Tocqueville. Sobre esse ponto, ARON (2002, pp. 319-327), analisando minuciosamente a obra de Tocqueville, conclui que a democracia para este corresponde a uma igualdade social, inserida em uma sociedade sem distinções de ordens e classes, em que as ocupações, profissões, dignidades e honrarias estivessem acessíveis a todos. No entanto, a desigualdade econômica não implicaria nenhuma contradição com a tendência igualitária das sociedades modernas. Vale ressaltar que, embora não se preocupe com as desigualdades de riqueza, Tocqueville sustenta uma teoria semi-entusiástica do emburguesamento generalizado, considerando que as desigualdades de riqueza tenderiam a se atenuar conforme as sociedades modernas se tornassem mais democráticas, sem que pudessem originar uma estrutura hierárquica durável.

226 O utilitarismo de Bentham pode ser sintetizado como o princípio de que o fim do homem e da comunidade, cujo interesse é a soma do interesse dos membros que a integram, consiste na maior felicidade do maior número de pessoas. (FASS, 1970, pp. 30-31).

227 FASS (1970, pp. 40-41) afirma que Mill aderiu a um utilitarismo de inspiração benthamiana, ainda que se afaste da simplista concepção de moral como cálculo de prazeres, já que considerava não somente a quantidade de interesses, mas a qualidade destes. Segundo GIANNETTI (2002, pp. 42-43), Mill se afastou de Bentham, especialmente por considerar que este perdeu de vista o elemento moral da vida humana.

228 Para DEWEY (1970, p. 33), a vida intelectual de Stuart Mill foi uma luta valente, embora mal sucedida, para reconciliar o utilitarismo com suas outras preocupações.

representar impedimento para que os outros também exerçam a sua liberdade de buscar o próprio bem<sup>229</sup>. Também enfatizava que o princípio da convivência social é o de cada um arrar com sua parte (a ser fixada de acordo com algum princípio equitativo) nos esforços e sacrifícios necessários para defesa da sociedade ou de seus membros contra o dano e o molestamento (MILL, 2000, pp. 115-116).

Mesmo recorrendo ao utilitarismo, advertia que o critério ético a ser buscado era o da felicidade geral, salientando que apenas pode existir a sociedade entre iguais *se ficar claro que os interesses de todos devem ser igualmente considerados* (MILL, 2000, p. 225). As questões relacionadas à justiça e à coexistência harmoniosa entre os homens foram tão importantes para Mill que muitos autores, como RAWLS (1999, pp. 144-145), consideram que chegaram a desnaturar o seu utilitarismo<sup>230</sup>. Exatamente porque a liberdade possuía uma base ética e moral que obviamente não poderia estar submetida às leis do mercado, Mill propôs tantas restrições ao *laissez-faire*, em nome do bem-estar social, que não seria incorreto considerá-lo como um dos idealizadores do Estado social.

No seu livro sobre princípios de economia política, MILL (2001, p. 213), embora considere que a liberdade de iniciativa seja a regra geral, admitiu diversas limitações à mesma e também à propriedade. Chegou até a defender restrições ao direito de herança, propugnando que os pais deixassem apenas o razoável para os filhos e que o excedente fosse aplicado em benefício da comunidade.

Na verdade, Mill não pretendia substituir o livre mercado. Almejava, como bem resume ROSANVALLON (1997, p. 69), a prevalência do princípio da igualdade de oportunidades. Daí ter previsto várias exceções à liberdade de iniciativa em nome da justiça social, dentre as quais se encontram (i) a obrigatoriedade da educação para as crianças e jovens, ainda que contrariamente à vontade dos pais, (ii) a intervenção do Estado nos contratos para equilibrar situações desiguais, (iii) a imposição de limites à liberdade contratual, especialmente nas hipóteses de compromissos perpétuos, (iv) a intervenção estatal nas relações de trabalho e (v) a intervenção estatal nos assuntos de caridade pública e auxílio aos mais pobres (MILL, 2001, pp. 816-827).

229 MILL (2000, pp. 17 e 22) sustenta que o único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, conta a sua vontade, é evitar dano aos demais que a única liberdade merecedora desse nome é a de buscar nosso próprio bem da maneira que nos seja conveniente, contanto que não tenhamos privar outros do que lhes convém, ou impedir seus esforços de obtê-lo.

230 RAWLS (1999, pp. 144-145) considera que, na obra *Utilitarismo*, é clara a preocupação de Mill em mostrar que a sociedade seria impossível sem que houvesse atenção sobre o interesse de todos. Assim, um dos desejos naturais dos indivíduos deveria ser o da harmonia entre seus sentimentos, e metas com as dos seus semelhantes, não havendo conflito entre as metas individuais e as dos outros.

A obra de Mill representou, na verdade, a tentativa de resgatar a base ética e moral do liberalismo, mostrando que a defesa da liberdade deveria estar relacionada, antes de tudo, à realização substantiva de todos os homens e não de uma minoria, motivo pelo qual não seria incompatível nem insensível a questões sociais.

Apresentando-se como precursor do liberal-socialismo (BOBBIO, 2000a, p. 357), Mill propôs, em oposição ao marxismo, uma convergência entre correntes que até então eram opostas, mostrando que o socialismo não era a antítese, mas sim a necessária etapa do liberalismo na qual se consolidaria igualmente a liberdade econômica<sup>231</sup>.

## 1.2. A CRISE DO PARADIGMA LIBERAL E A NECESSIDADE DA REFORMA

Como se procurou demonstrar, as teorias socialistas utópicas, o marxismo, a teoria da solidariedade social e até mesmo o social-liberalismo de John Stuart Mill não deixaram de representar diferentes respostas e diagnósticos para um mesmo problema: a impossibilidade da manutenção de um modelo de Estado e de direito fundados em um formalismo e individualismo absolutos.

Em decorrência, a sociedade, a partir da metade do século XIX, passou a ser considerada também um fim digno de proteção, até porque seria algo mais do que a simples adição de indivíduos que apenas se preocupavam com os seus próprios interesses (ROUBIER, 1946, pp. 187-195).

As críticas ao paradigma do Estado liberal também propiciaram uma reflexão a respeito do próprio direito. Especialmente as teorias socialistas utópicas e a sociologia mostraram a fragilidade da proposta segundo a qual a integração social deveria ocorrer primordialmente com base na economia, mostrando a importância das relações de solidariedade social e das relações jurídicas para a coesão social<sup>232</sup>.

231 Isso fica claro no seguinte trecho de BOBBIO (2000a, p. 364): *O que se torna claro a partir da maioria desses precedentes é que o socialismo liberal partiu da convicção de que os dois "ismos" não constituem em absoluto uma antítese, um oxímoro, e por isso sua integração prática deveria ser entendida, nesse caso, como uma síntese, definida hegelianamente como o terceiro momento de uma antítese, negada e superada. Aliás, o socialismo foi concebido como um natural desenvolvimento histórico do liberalismo no processo de emancipação da humanidade; daquele processo que se inscrevia na teoria do progresso e da história como teoria da liberdade. De um modo mais esquemático, depois da emancipação política, que fora obra da Revolução Francesa, viria a emancipação econômica.* BELLAMY (2000, p. 143) também realça esse aspecto da obra de Mill, mostrando que este aprovou o compromisso liberal de assegurar aos cidadãos um igual direito à liberdade para estendê-lo ao aspecto econômico: *Assim, o socialismo não deixaria de ser uma natural decorrência dos valores liberais.*

232 No que se refere às relações jurídicas, tal afirmação não pode ser entendida a Corte, pois este, como já se viu, negligenciava a importância do direito.

Outro foco de discussões, estimulado principalmente a partir da obra de Weber, contemporâneo de Durkheim, foi a questão da própria legitimidade do direito. Se as ordens sociais apenas poderiam cobrar durabilidade enquanto ordens legítimas, o direito certamente não poderia pretender obter validade exclusivamente em razão da mera positividade<sup>233</sup>, tal como era a ideia predominante no Estado liberal.

Os questionamentos também atingiram, como não poderia deixar de ser, o conceito de direito subjetivo, passando a suscitar a análise sobre a coordenação das diferentes esferas de liberdades<sup>234</sup> e sobre o aspecto de intersubjetividade que, embora devesse ser inerente aos direitos subjetivos, fora eclipsado no Estado liberal.

Diante desse quadro, HABERMAS (2001, p. 324) conclui que a transição do Estado liberal para o Estado social apresenta, pelo menos como um dos seus objetivos iniciais, a intenção de resgatar a intersubjetividade dos direitos, estabelecendo relações simétricas de reconhecimento recíproco.

Mas a discussão sobre uma nova concepção do direito e dos direitos subjetivos não era apenas teórica; possuía um caráter revolucionário, na medida em que insuflava as massas ao inconformismo em relação ao estado de marginalização em que se encontravam, enfatizando a dicotomia que se estabeleceria entre a liberdade e a propriedade<sup>235</sup>.

233

HABERMAS (2001, p. 137) acentua que Weber, ao ressaltar a conexão interna entre o princípio da positividade e o princípio da legitimidade, mostrou que, no direito moderno e pós-metafísico, as ordens jurídicas só podem se constituir e desenvolver à luz de princípios racionalmente justificáveis. A seguir, cita o trecho de BOBBIO (2000a, pp. 153-154) igualmente mostra que a questão da legitimidade do direito racional moderno não se restringe à positividade: *O próprio Weber percebe essa dificuldade na primeira vez que enfrenta o tema da legitimidade dos ordens. Ali, depois de ter afirmado que a ordem pode ser atribuído um caráter de legitimidade em virtude de uma crença racional com relação ao crença ativa, faz a distinção entre a legitimidade em virtude da tradição ou em virtude de uma crença na validade "daquilo que se mostra absolutamente válido", e a legitimidade que se funda sobre a crença na legalidade de uma determinação positiva. Mas, logo depois dessa delimitação, acrescenta que a legalidade pode ser legítima, ou em virtude de um acordo (Vereinbarung) que se funda em indivíduos interessados, ou em virtude de uma concessão (octroyierung) realizada com base no poder dos homens sobre outros homens "legitimamente válido" (tassim mesmo: legitim geltend), e sobre uma correspondente disposição para obedecer. Com essa afirmativa, Weber mostra claramente que não considera o critério da legalidade auto-suficiente, sendo portanto necessária a referência a um critério ulterior, o qual pode ser o acordo dos interessados (o critério do consenso que deu origem à tradição contratualista), ou mesmo a imposição de uma autoridade legítima. Mas legítima com base em que critério? Weber não apenas não responde a essa questão, mas, todas as vezes que reapropõe o tipo ideal de poder legal, limita-se a dizer que as leis estabelecidas podem derivar ou de um acordo ou de uma imposição, sem dissolver a divida se aquele poder é, em última instância, legítimo porque age em conformidade com as leis estabelecidas, ou porque age em conformidade com leis que têm um determinado conteúdo, ou foram emitidas por uma certa autoridade, e portanto se o critério de legitimidade minado contendo, ou foram emitidas por uma certa autoridade, e portanto se o critério de legitimidade não deveria ser buscado fora do princípio puramente formal da legalidade.*

234

HABERMAS (2001, p. 323) utiliza-se do ensinamento de Dunninger para mostrar que, com a mudança a paradigma do Estado liberal para o Estado social, a proteção dos direitos fundamentais passou a ocupar-se progressivamente da tarefa de coordenar as diferentes pretensões de liberdades das pessoas privadas que colidem entre si.

235

Isso fica claro na lição de LEVY (1926, p. 107), que bem resume as teorias socialistas da época, no sentido de que a propriedade liberal só tinha sido capaz de trazer liberdade para os proprietários.

Mesmo os que eram contra a alternativa revolucionária, tais como Jhering, reconheciam que o socialismo suscitava novas reflexões ao direito, para o fim de que o mesmo se direcionasse ao atendimento das finalidades sociais.<sup>236</sup> Nesse contexto, o direito viu-se forçado a voltar a sua atenção para os dados mais concretos da vida social, tais como as instituições, e para discussões a respeito da igualdade efetiva e da justiça distributiva (ROUBIER, 1946, pp. 202-205).

Todas essas reflexões tinham uma repercussão direta sobre o próprio papel do Estado, inclusive no que se refere à intervenção na propriedade e na liberdade contratual, a fim de compensar as assimetrias das posições econômicas e possibilitar iguais oportunidades no exercício das liberdades jurídicas (HABERMAS, 2001, p. 487). Aliás, é exatamente a idéia de compensação que propiciará o enorme crescimento do Estado social e a conseqüente hipertrofia do público<sup>237</sup>.

Por fim, cumpre ressaltar que as novas discussões que surgiam a respeito de igualdade material e da justiça obviamente exigiam, em uma ruptura com o formalismo até então existente, uma maior abertura do direito para considerações de natureza ética e moral. Segundo HABERMAS (2001, p. 319), foi exatamente essa idéia de “remoralização” do direito que permitiu a formação do novo paradigma do Estado social, tornando a argumentação jurídica receptiva a argumentos concernentes a objetivos políticos que flexibilizavam a vinculação linear da justiça ao que fora previamente estabelecido pelo legislador político e possibilitavam uma nova redefinição da interpretação do direito.

236 JHERING (2002, v. II, p. 108) deixa claro que o socialismo implicava necessariamente uma reformulação do direito: *Entenimentos, os tempos mudaram. Não é mais a voz algo esvaziada do homem de ciência que solicita licença para a teoria social, mas a massa selvagem e apuxonadíssima e arranca os sonhos dos seus sonhos. Já anteriormente, exprimi a convicção de que não é o pensamento, mas o sofrimento que contém o mais eficaz impulso do progresso social. É mister, e dolorosamente na carne viva para que o homem se acorde e submeta a uma crítica as condições existentes. (...) No socialismo, analogamente, um exágero se opõe a outro, e a sociedade tem razão suficiente para resguardar-se. Mas do erro e do exágero de que ele é culpado só nos detentemos; ao reconhecermos a verdade de que ele pode ufanar-se.*

237 Destaca-se o seguinte trecho de Cristiano ARAÚJO PINTO (2003, p. 40), que bem analisa a proposta e as dificuldades crescentes dessa tarefa de compensação: *A tónica do Estado Social e a ideia de compensação devida a uma grande camada de indivíduos diante da concentração de riqueza e poder em alguns setores da sociedade. E pertencerá ao Estado, a tarefa de prover essas compensações. Isso decorre o enorme crescimento dos órgãos e competências do Estado, que assume funções técnicas de aprimoramento da compensação e da inclusão de setores da sociedade numa determinada rede de proteção. Naturalmente, quem propiciará essa rede é o próprio Estado. Novas demandas de compensação e inclusão não cessam de surgir, assim como novas organizações com funções técnicas cada vez mais especializadas no interior do Estado. É uma estrutura circular. Já a hipertrofia do público seria conseqüência de que, a rigor, todo direito é público no Estado social (op.cit., p. 41).*

## 2. OS DIREITOS SUBJETIVOS DIANTE DO ANTIFORMALISMO, DA FUNÇÃO SOCIAL E DA PROIBIÇÃO AO ABUSO DE DIREITO

### 2.1. A TENTATIVA DE SUPERAR O FORMALISMO DO DIREITO E DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Como se viu no capítulo anterior, houve um rico movimento intelectual e social, que se intensificou especialmente a partir da segunda metade do século XIX, cuja pretensão maior era a de superar o individualismo egoísta que se consolidara no Estado liberal, possibilitando a efetiva realização da harmonia social, o que não fora obtido com a mera previsão das liberdades formais.

A todos esses movimentos, ainda se juntou a doutrina social da Igreja Católica, cujo maior símbolo foi a famosa Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, do Papa Leão XIII. Embora a Igreja fosse contra o socialismo, defendendo a propriedade privada como um direito natural, pleiteava uma reconstrução econômico-social, por meio de restrições ao liberalismo econômico e pela intervenção do Estado na economia quando as relações individuais pudessem comprometer a justiça. A expressão Estado-providência não foi cunhada de forma alentória, mas veio da idéia de que o Estado deveria representar uma “providência para os trabalhadores”, zelando por salários justos e pela subsistência digna das pessoas (HUGON, 1995, p. 292).

Dessa maneira, antes mesmo da consolidação do Estado social, o que apenas ocorreria na segunda década do século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, as influências dos movimentos revolucionários e reformistas, associadas aos efeitos cada vez mais nefastos da Revolução Industrial, já eram claras sobre o direito.

A partir do final do século XIX, iniciou-se uma reação contra o excesso de formalismo do direito, de que são exemplos a teoria de Jhering, a Jurisprudência dos Interesses de Heck, o Direito Livre de Kantorowick, a Sociologia Jurídica de Erlich, a Livre Investigação Científica de Geny, a Teoria Organica de Gierke, as teorias antiformalistas de Saleilles e Ripert, a teoria funcionalista de Duguit e a Teoria Institucional de Hauriou (FASSÓ, 1970, pp. 161-180).

Recaséns SICHERS (1980, pp. 33-130) faz uma excelente síntese das principais teorias da época, por meio da qual se pode observar que a luta contra o formalismo estava normalmente associada à oposição contra o individualismo que lhe era decorrente. Com efeito, um traço comum às teorias antiformalistas era a preocupação de assegurar uma compreensão do direito positivo que propiciasse uma maior harmonia social, seja mediante a aplicação de princípios de

Aplicando o mesmo raciocínio à empresa, é irretocável a observação de Fábio Konder COMPARATO (1976, p. 301) de que o reconhecimento da função social da empresa *não significa, escusa dizê-lo, que doravante toda companhia se transforme em órgão público e que tenha por objetivo primordial, senão único, o vasto interesse público*, mas deve ser visto no sentido de que *a liberdade individual de iniciativa empresarial não torna absoluto o direito ao lucro, colocando-o acima do cumprimento dos grandes deveres da ordem econômica e social, igualmente expressos na Constituição*.

É essa a razão pela qual muitos autores já se referem ao conteúdo mínimo da propriedade<sup>289</sup>, que seria aquela esfera essencial sem a qual a propriedade privada deixaria de existir enquanto instituto que visa igualmente a atender os interesses do seu titular.

Como o conteúdo mínimo deve coexistir com a função social, é acertada a conclusão de PUGLIATTI (1997, p. 231) no sentido de que *o conteúdo mínimo e a função social são aspectos complementares e justificativos da propriedade*, pensamento que é compartilhado pela doutrina mais acertada<sup>290</sup>. No entanto, é forçoso reconhecer que o discurso conciliatório encontrou sérios problemas para sua operacionalização prática durante o Estado social, como se verá mais adiante.

### 2.3. O RECONHECIMENTO E A CONSOLIDAÇÃO DO ABUSO NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

Como já se viu no Título I, a teoria do abuso de direito obtivera reconhecimento incipiente mesmo no paradigma do Estado liberal, ainda que a noção formalista e individualista de direito subjetivo então predominante impossibilitasse a sua aceitação como regra geral.

A partir do final do século XIX e início do século XX, as teorias anti-formalistas possibilitaram uma ampla discussão sobre o instituto<sup>291</sup>. Tal debate deu-se

289 O grande problema será exatamente o de delimitar o que seria esse conteúdo mínimo da propriedade. Para a Corte Constitucional Espanhola, seria aquele mínimo que torna a propriedade reconhecível como direito e como interesse juridicamente protegível (GARETA, 1997, p. 357). Tal explicação, no entanto, apresenta novos critérios – mínimo de reconhecibilidade do direito ou do interesse juridicamente protegível – que, longe de esclarecerem de forma convincente o problema do conteúdo mínimo da propriedade, parecem até aumentar a discussão, na medida em que introduzem outros conceitos, igualmente fluidos e imprecisos.

290 No mesmo sentido, entende GARETA (1997, pp. 354-361) que todas as intervenções legislativas indevidas contra o núcleo mínimo da propriedade, suficientes para descaracterizá-la, implicariam grave ofensa à ordem constitucional. Vários doutrinadores brasileiros reconhecem, de forma explícita ou não, a existência do conteúdo mínimo da propriedade, como Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1990, p. 46) e José Alonso da SILVA (1997, p. 275).

291 Fernando Augusto Cunha de Sá (1997, pp. 51-86) desaca o reconhecimento do abuso de direito em países como a França, Itália, Alemanha, Portugal, Suíça, Grécia, Espanha, Argentina, dentre outros.

paralelamente ao relativo à função social dos direitos subjetivos, até porque ambos diziam respeito ao mesmo problema: como compatibilizar o direito subjetivo do titular com os direitos subjetivos dos demais membros da sociedade.

A grande diferença é que a função social, além de ter ficado mais restrita ao âmbito da propriedade, suscitava a questão sobre a imposição de deveres e obrigações positivas para o titular. Já a teoria do abuso de direito preocupava-se essencialmente com a utilização das prerrogativas inerentes ao direito, procurando estipular critérios a partir dos quais o titular deixaria de agir regularmente e passaria a cometer um abuso.

Assim como ocorreu em relação à função social, a consolidação do abuso de direito foi marcada por inúmeras dificuldades, muitas das quais persistem até hoje<sup>292</sup>. Mas o seu fortalecimento ocorreu principalmente a partir da superação do paradoxo de Planiol, segundo o qual um ato não poderia ao mesmo tempo ser conforme e contrário ao direito. A partir do final do século XIX, ganhou força a ideia de que um ato poderia ser conforme à lei mas contrário ao direito como um todo, incluindo aí valores como a justiça<sup>293</sup>.

Muitos defensores do abuso de direito, como é o caso de JOSSEPRAND (1939, p. 336), entenderam que o paradoxo de Planiol serviria exatamente para explicar o abuso de direito, que seria um ato conforme ao direito subjetivo mas contrário ao direito no sentido de ordem jurídica.

É precisamente a diferença entre a legalidade e o direito que marca o reconhecimento da teoria do abuso de direito. Conforme o ensinamento de Fernando Augusto Cunha de SÁ (1997, p. 17), *o problema do abuso do direito não é um problema dogmático de interpretação do direito positivo, ou seja, não diz tanto respeito à determinação do que está na lei, mas sim ao que é o direito*.

Diante da complexa questão suscitada pelo abuso de direito, que diz respeito à própria legitimidade do direito, diversas teorias e soluções foram propostas para o problema, como se passará a analisar.

292 San Tiago DANTAS (1972, p. 96) já advertia que a noção de abuso de direito tem se ressentido sempre de uma grande imprecisão de contornos, o que lhe tem valido ser invocada pelos autores e tribunais em face das situações mais diversas, sempre que é preciso fundamentar a responsabilidade fora das bases clássicas da culpa, ou corrigir as injustiças a que a prática dos contratos frequentemente conduz.

293 Jorge Manuel Coutinho de ABREU (1983, p. 46), destaca o ensinamento de Catarina Neves, segundo o qual o abuso de direito traduziria a contradição entre o cumprimento da estrutura formalmente definidora de um direito e a violação concreta do fundamento que material-axiologicamente constitui esse mesmo direito. Lúcio Flávio de Vasconcelos NAVES (1999, p. 100), ressalta aspecto similar, ao argumentar que nada impede que um direito em princípio legítimo seja exercido de forma injusta.

## 2.3.1. AS TEORIAS SOBRE O ABUSO DE DIREITO

### 2.3.1.1. AS TEORIAS SUBJETIVAS

As teorias subjetivas propuseram-se a definir o abuso de direito a partir do elemento subjetivo que caracterizaria qualquer ato ilícito. Orlando GOMES (2001, p. 132) classifica-as entre as que adotam um critério intencional, o *animus nocendi*, e as que elegem um critério técnico, abarcando o exercício culposo de um direito.

De acordo com o que já se viu no Título I, a identificação do abuso de direito a partir do critério intencional não apresentou muitas novidades, pois, nessa hipótese, estar-se-ia proibindo apenas os atos emulativos, o que já era admitido no Estado liberal, ainda que por meio de precedentes jurisprudenciais isolados.

Não obstante a teoria intencional ser bastante antiga, angariou adeptos ao longo de todo o século XX, dentre os quais se pode destacar Caio Mário da Silva PEREIRA (2000, p. 430), para o qual o abuso de direito pressupõe a intenção de fazer mal<sup>294</sup>.

Na verdade, a teoria intencional não estava nem está errada naquilo que propõe. É indiscutível, como adverte JOSSEPRAND (1939, pp. 366-367) que a intenção de causar dano a alguém é hipótese de abuso de direito; apenas não é a única<sup>295</sup>. A crítica que desde o início lhe foi dirigida é a mesma já lançada outrora contra a teoria dos atos emulativos, ou seja, a de que seria uma concepção extremamente reducionista do abuso de direito e ainda de difícil aplicação, tendo em vista que a prova da intenção exclusiva de prejudicar terceiros, além de não ser nada fácil, poderia ser manipulada e conduzida pelo titular do direito em questão.

Uma reação a essa concepção estreita da teoria intencional já foi a teoria segundo a qual o abuso envolveria igualmente o exercício culposo de um direito, hipótese em que o titular teria sido negligente ou imprudente diante dos interesses de terceiros, tendo causado danos a estes. Esta teoria teve um significativo reconhecimento na França, sendo acolhida por importantes juristas como Capitant e os Mazéaud<sup>296</sup>.

294 Ressalta-se a delinqüência que Caio Mário da Silva PEREIRA (2000, p. 430) atribui ao abuso de direito: *É por isto que todas as teorias que tentam explicar e fundamentar a doutrina do abuso do direito têm necessidade de desenharem um outro fator, que como qualquer nome que se aprester estiverá no propósito de causar o dano, sem qualquer outra vantagem. Abusa, pois, de seu direito o titular que dele se utiliza levando um maléfico a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém se sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.*

295 Precisa é a conclusão de Everardo da Cunha LUNA (1959, p. 73), quando salienta que a teoria da intenção erra, não por desviar o conceito do abuso de direito dos seus verdadeiros caminhos, mas por não percentre-los em toda a extensão.

296 BARRERESCO (1913, pp. 282-283) aponta Capitant como um dos grandes expoentes da doutrina que concebe o abuso de direito como o seu exercício doloso ou culposo, por considerar que a hipótese de abuso abrangeria, além dos atos praticados com *animus nocendi*, a "faute de négligence", ou

O grande problema da teoria subjetiva, que igualmente abarcava a noção de culpa, era o de não se atentar para as particularidades do abuso de direito, tratando-o como um ato ilícito sem identidade própria. Isso porque, para efeitos da antijuridicidade, o que importaria seria a culpa, sendo irrelevante se o ato estava sendo praticado no suposto exercício de um direito, hipótese em que se poderia cogitar do abuso, ou se o ato estava sendo praticado sem nenhum direito, hipótese em que apenas haveria o ato ilícito comum.

### 2.3.1.2. AS TEORIAS FINALÍSTICAS

As teorias finalísticas, sob a premissa de que os direitos subjetivos eram instrumentos para a realização de determinadas finalidades, passaram a definir o abuso como o exercício de um direito para um fim distinto daquele que justificaria a sua tutela jurídica. O que havia em comum entre as distintas teorias finalísticas que se formaram no início do século XX era a tentativa de se resgatar a intersubjetividade dos direitos subjetivos, mostrando que os mesmos deveriam atender não apenas aos interesses do seu titular, mas também aos interesses da sociedade.

As teorias finalísticas tiveram amplo reconhecimento na França, defendidas que eram por Porcherot e Gény (SÁ, 1997, pp. 403-404). Mas os seus grandes expoentes foram Josserand, Saleilles e Ripert que, embora condicionassem o abuso de direito à utilização do mesmo para finalidade não amparada pela lei, partiam de critérios distintos para apurar esse “desvio de finalidade”: enquanto o primeiro e o terceiro concentravam-se na inexistência de um motivo legítimo, o segundo sugeria a análise da anormalidade do uso do direito.

No que se refere a Josserand, é ele autor da obra mais clássica a respeito do abuso de direito, intitulada de *O Espírito das Direitos Subjetivos*. O título já mostra a tentativa de buscar a essência dos direitos e não a sua forma. JOSSERAND (1939, p. 321) irá encontrar esse espírito dos direitos subjetivos exatamente na missão social que os mesmos possuem. A influência do socialismo e das correntes sociológicas é, portanto, manifesta.

Para JOSSERAND (1939, p. 88), seria uma excrecência imaginar que o exercício de um direito subjetivo pudesse estar a serviço da malícia, da má-fé, do dolo e da realização de injustiças, quando existem para resolver os conflitos sociais com justiça. Daí a sua definição de abuso de direito como uma hipótese em que os limites do direito subjetivo foram respeitados mas houve violação do direito, visto como o conjunto da ordem jurídica (op. cit., p. 336).

Apesar da diversidade de parâmetros que paulatinamente vinham sendo reconhecidos pela jurisprudência francesa para caracterizar o abuso de direito<sup>297</sup>, concluiu JOSSERAND (op. cit., pp. 394-395) que o critério idôneo para defini-lo seria o finalístico, partindo da premissa de que, nas sociedades organizadas, os direitos subjetivos seriam direitos-função. Observa-se, aí, o contato entre a teoria do abuso e a teoria da função social dos direitos.

O grande problema desta conceituação era a natureza abstrata e fugidia do critério finalístico. Essa a razão pela qual JOSSERAND (1939, p. 401) propôs que fosse adotado um critério mais concreto, consistente na análise do motivo ou do interesse legítimo do titular do direito ao exercê-lo. Na averiguação do motivo legítimo estaria o meio de se discernir o abuso, até porque, como o direito poderia mudar de causa e espírito, em razão da evolução social e econômica, a noção de motivo legítimo contextualizaria o exercício do direito diante das novas transformações, possibilitando a aferição do abuso independentemente de intervenção legislativa, sempre que o agente exercesse o direito contrariamente a seus fins.

Ao lado de Josserand, há que se destacar igualmente a teoria de Saleilles, jurista francês que, apesar das influências de Gény, procurava dar uma solução mais moderada ao problema da interpretação jurídica, que rompesse com a lógica formal mas não se separasse tanto do direito positivo<sup>298</sup>.

SALEILLES (1925, pp. 371-375), partindo igualmente do princípio de que os direitos subjetivos não poderiam ser absolutos, analisava o tema relativo ao abuso de direito no contexto da responsabilidade civil, definindo o exercício abusivo como aquele contrário à destinação econômica ou social do direito, o que poderia ser constatado por meio da “anormalidade” do exercício. Assim, pouco importaria a intenção do agente ou a previsibilidade ou não dos danos, desde que a conduta do agente pudesse ser considerada ilícita diante dos padrões normais de exercício do direito, verificados com o auxílio dos bons costumes e da moral social<sup>299</sup>.

297 JOSSERAND (1939, p. 366) enumera os quatro critérios que eram comumente aceitos pela jurisprudência francesa para a constatação do abuso de direito: (i) o critério intencional, que seria a intenção de causar dano; (ii) critério técnico, consistente na execução incorreta, imprudente ou desprezavida de um direito; de modo a surgirem falhas graves ou simples; (iii) o critério econômico, visto como a ausência de interesse sério e adequado e (iv) o critério social, que seria o desvio do direito de sua função social.

298 FASSO (1970, p. 175) destaca que Saleilles inventa o tema de Gény – por meio do Código Civil, mas além do Código Civil – para sugerir uma interpretação que fosse além do Código Civil, mas por meio do Código Civil.

299 Não se pode esquecer que, como lembra CARVALHO SANTOS (1963, v. III, p. 348), o próprio Saleilles modificou a sua opinião posteriormente, propondo que se introduzisse na legislação francesa uma definição de abuso segundo a qual *um ato eleito não pode ser senão o de prejudicar a outrem, sem interesse apreciável e legítimo para aquele que o realiza, não pode, jamais, constituir o exercício lícito de um direito*. Mas, apesar dessa mudança de orientação, Saleilles ficou conhecido pela definição de abuso em razão da anormalidade do exercício do direito.

seja, as falhas praticadas por aquele que exerce o direito sem as precauções necessárias para evitar causar danos a outrem. Luis Flávio de Vasconcellos NAVES (1999, p. 91) sustenta que os Mazead igualmente defendiam que o abuso de direito poderia ocorrer não apenas na hipótese do dolo, mas também quando havia a culpa.

Observa-se que a preocupação com a finalidade do direito era a mesma de Josserand, embora o critério escolhido para essa aferição fosse distinto, pois consistia no exercício anormal do direito e não na ausência de um motivo legítimo. A anomalia, que teve amplo reconhecimento na doutrina francesa, especialmente por meio de Charmont, Bonnecase e Savatier<sup>300</sup>, teria a vantagem de possibilitar a identificação do abuso em razão das circunstâncias de fato em que o direito foi exercido, mediante as quais se verificaria se esse exercício seria necessário e útil para o titular, de acordo com a normalidade dos padrões de conduta sociais e morais.

Por fim, merece uma análise a opinião de Ripert, que mostrou muitas hesitações até aceitar o abuso de direito a partir da noção de motivo legítimo.

Ripert pretendia, na verdade, realizar uma aproximação entre o direito e a moral. No seu famoso livro *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, RИPERT (1937, p. 9), já começa explicando, em relação ao seu projeto, que *não se trata de explicar o direito pela filosofia, mas de ver o que pode existir de filosofia no direito*. Mostra igualmente a necessária proximidade entre o direito e a moral, argumentando que *não existe na realidade, entre a regra moral e a regra jurídica, nenhuma diferença de domínio, de natureza e de fim: não pode mesmo haver, porque o direito deve realizar a justiça e a ideia do justo é uma ideia moral*. (op. cit., p. 18).

A partir dessas idéias, Ripert esclarece que o direito deveria atender-se aos bons costumes e a princípios morais como a equidade, a lealdade e a proporcionalidade<sup>301</sup>. Essa a razão pela qual se esperava dele uma teoria do abuso do direito ampla, para o fim de reprimir toda conduta que fosse imoral.

300 Fernando Augusto Cunha de Sá (1997, p. 349-357) argumenta que a teoria do abuso de direito como exercício anormal não pode ser atribuída inteiramente a Saleilles, uma vez que este sempre analisou o abuso de direito a partir da atuação contrária ao destino econômico e social do direito. Assim, teria sido Charmont quem identificou o abuso de direito a partir do dano anormal, quando o exercício excedesse à medida fixada pelos costumes. Comparilharam dessa opinião juristas como Bonnecase, Latou, Carbonnier e Savatier. Merece um especial destaque a lição de Savatier, que define o abuso a partir da anormalidade do dano, em um juízo de equidade.

301 Dentre as inúmeras conclusões a que chega RИPERT (1937), pode-se destacar (i) conclusão de que todo ato jurídico contrário aos bons costumes é ilícito; (ii) a existência de atos aprioristicamente considerados imorais, tais como dispor da vida, do corpo e da liberdade de outrem para fins ímplies; o enriquecimento injusto decorrente do jogo, do azar, da astúcia, da força ou do embuste, a estipulação de remuneração por atos que não deveriam ser pagos e a obtenção de dinheiro para assegurar uma impunidade culpável; (iii) a existência de princípios morais que obrigariam a vontade das partes contratantes, tais como a proibição de que um contratante abuse da sua posição mais favorecida em detrimento da outra parte, a lealdade, a anulabilidade dos atos praticados com vícios de consentimento, a equidade nos contratos feitos por incapazes, a necessária igualdade nos contratos de adesão e proibição do poder econômico; (iv) a necessária utilização da equidade e da proporcionalidade para evitar o enriquecimento injusto de um dos contratantes em razão da lesão do outro que, por fraqueza, erro, estado de necessidade ou leviandade, assumiu obrigações desproporcionais e injustas em um contrato que não se assenta sobre a ideia de especulação; (v) o não-absolutismo dos direitos subjetivos e a flexibilização da soberania do contrato para o fim de admitir a intervenção do juiz nos pactos com o objetivo de assegurar o respeito às regras morais; (vi) a aplicação da moralidade como meio técnico de revisão dos contratos, destacando a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão como desdobramentos concretos da moralidade nos contratos.

No entanto, a grande contradição de RИPERT (1937, p. 172) consistia em que, embora defendesse a aplicação da moralidade como correto das obrigações cíveis, entendia que tal critério não poderia ser utilizado quando se tratasse do exercício de um direito, que apenas seria abusivo na hipótese de haver a intenção de prejudicar<sup>302</sup>.

Embora já sinalizasse para a busca de algum critério que não fosse exclusivamente psicológico, sob o argumento de que a intenção nociva poderia ser deduzida de acordo com a inutilidade do exercício do direito pelo agente e da ciência dos prejuízos causados a terceiros (1937, pp. 187-189), Ripert acabou apegando-se a uma postura paradoxalmente individualista dos direitos subjetivos. Essa a razão pela qual defendia que o juiz não poderia perquirir sobre os motivos pelos quais os homens exercem os seus direitos, asseverando que a concepção do fim social dos direitos deveria ser vista com ressalva<sup>303</sup>.

Ora, a concepção de Ripert sobre o abuso de direito, tal como exposta na *Regra Moral das Obrigações Cíveis*, não poderia ser mais contraditória. De fato, se o mesmo defendia veementemente o critério da moralidade para corrigir as distorções das obrigações cíveis, não seria justificável que este não se aplicasse ao exercício geral dos direitos, até porque as obrigações cíveis comumente decorrem do exercício da liberdade de contratar<sup>304</sup>. Se Ripert admitia que o critério da moralidade limitava o exercício da liberdade de contratar, não havia motivo que impedisse que o mesmo critério restringisse igualmente o exercício dos direitos subjetivos.

Parece que o próprio autor percebeu essa incoerência, tanto que em outra obra, *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*, já assumiu uma posição bem mais abrangente sobre o abuso de direito, afirmando, sobre a teoria, que *o que se pretende é impedir o exercício dos direitos individuais, mesmo legítimos, quando esse exercício parece contrário ao interesse geral*. (1937a, p. 231). Dessa maneira, Ripert passou a definir o abuso de direito de acordo com uma concepção muito

302 RИPERT (1937, p. 179) chegou mesmo a duvidar da existência do abuso do direito quando o *animus nocendi* não fosse exclusivo, como se observa do seguinte trecho: *Mas não pode o titular do direito discutir a relação de causalidade que une os seus sentimentos ao seu ato? O seu ato tem uma dupla causa. Só uma é ilícita. Quando se tratou da validade dum ato jurídico, admitimos que um só motivo ilícito viciava o ato. Aqui trata-se do exercício dum direito; não temos que admitir, pelo contrário, que um só motivo ilícito basta para justificar este exercício?*

303 Vale ressaltar o seguinte trecho de RИPERT (1937, p. 189): *O absolutismo do direito individual não tem nada, em si, de condenável, pois não é mais do que a tradição jurídica do legítimo desejo de poderio e liberdade. A única coisa que se deve exigir do direito é que reúna o desejo de prejudicar, ou mesmo a indiferença demasiada absoluta para com o interesse de outrem.*

304 Ainda que exista, na doutrina, alguma distinção entre os direitos subjetivos e as liberdades, já que os primeiros ensejariam uma contraprestação de alguém enquanto que as segundas não, é inequívoco que tanto os direitos subjetivos como as liberdades possuem a mesma fonte de legitimação e fundamentação. Assim, não parece correta a distinção de Ripert, de utilizar o critério de moralidade exclusivamente em relação às liberdades, mas não em relação ao exercício dos direitos subjetivos.

próxima à de Josseland, baseada na existência ou não do motivo legítimo, reconhecendo que o juiz não apenas poderia como deveria perquirir sobre os interesses do titular que justificariam o exercício do seu direito.<sup>305</sup>

Expostas brevemente as considerações essenciais de Josseland, Saleilles e Ripert, que bem resumem o cerne da teoria finalística, cumpre salientar que esta obteve uma ampla aceitação na doutrina<sup>306</sup>, tendo, como uma de suas variantes, a teoria axiológica, segundo a qual o abuso de direito corresponderia, em síntese, à violação da dimensão valorativa ou axiológica de um direito por meio de um comportamento que apenas formalmente seria lícito.<sup>307</sup>

### 2.3.1.3. AS TEORIAS DO ABUSO DE DIREITO COMO CORRETIVO DE MORALIDADE

As teorias do abuso de direito como corretivo de moralidade partiam da premissa de que não havia como se separar de forma absoluta o direito e a moral, motivo pelo qual a legalidade formal não poderia ser o único juízo a ser analisado no exercício de um direito, havendo a necessidade do exame igualmente à luz das considerações morais. Dessa forma, o abuso de direito é entendido como um ato que, embora lícito, é imoral.

305 Os seguintes trechos de RIPERT (1937, pp. 233 e 235) demonstram a mudança no seu pensamento: *Examinemos agora a atitude do titular do direito. Outora, quando soberano, diria desdenhosamente: não leso ninguém, pois que uso do meu direito. Hoje tem que prestar contas. Porque uso do direito? O seu acto não é legítimo por si mesmo, mas, unicamente, se é motivado por uma causa legítima. (...) Se o direito só é válido quando exercido por motivos legítimos, é necessário precisar qual o motivo legítimo a ser tomado em consideração pelo juiz na sua tarefa de limitação dos direitos.*

306 Tefólio de Castro DUARTE (1955, p. 9) sustenta, por exemplo, que *o acto abusivo consistirá no exercício de um direito, formal e objectivamente legal (correcto), de que resulta um prejuizo em virtude do fim imoral ou anti-social desse exercício.* Fernando Augusto Cunha de SA (1997, p. 403) mostra que, dentre os defensores da teoria finalística, pode ser destacado Porcheron, que definiu o abuso de direito como o exercício que, permanecendo nos limites do direito, visava a um fim diferente daquele que teve em vista o legislador. BERNAL (1982, p. 22) lembra de Brunetti, para quem o abuso de direito seria observado em razão da carência de um fim sério e legítimo para o seu exercício. José Manuel Coutinho de ABREU (1983, pp. 19-32) ainda discute sobre a obra de Orlando de Carvalho, que concebe o abuso como a utilização do direito subjetivo para fins diversos dos que o justificariam.

307 Existe uma grande proximidade das chamadas teorias axiológicas com as teorias finalistas, embora as teorias axiológicas insistam que o valor é uma dimensão da própria norma que confere o direito, de forma que, uma vez exercido o direito sem o atendimento desse valor, o ato será abusivo exatamente por ser ilícito. Assim, ao contrário das teorias finalistas, que analisavam a finalidade do direito subjetivo como algo que não fizesse parte do mesmo – tanto que Josseland define o abuso como o ato conforme o direito subjetivo e contrário ao direito objetivo – as teorias axiológicas entendem que a dimensão valorativa integra e compõe o direito subjetivo. A diferença entre o abuso de direito e o ato ilícito seria tão somente o suposto assento em direito do primeiro. Como define precisamente Castanheira Neves, o abuso de direito se revelaria em exercício de direito que tem aparência de licitude, pois não contraria a estrutura formal delimitadora de um direito, mas viola a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado (SA, 1997, p. 453). SA (op. cit., pp. 465-466) compatilha igualmente desse critério, dividindo os atos nas seguintes categorias: (i) exercício regular de direito, quando o comportamento se conforma com a estrutura do direito subjetivo, seja na sua forma, seja no seu valor normativo; (ii) ato ilícito: comportamento contrário à própria estrutura jurídico-formal do direito subjetivo (finitime estrutural) e (iii) abuso de direito: comportamento que preenche na sua materialidade a forma do direito subjetivo, mas é contrário ao valor que lhe dá fundamento (finitime valorativo ou axiológico).

Um dos defensores mais ilustres desta teoria foi Jean DABIN (1924, p. 269), que igualmente partia da premissa de que os direitos subjetivos seriam direitos-função, motivo pelo qual não poderiam servir apenas aos objetivos egoístas do seu titular. O critério verdadeiro para diagnosticar o abuso de direito seria, segundo DABIN (op.cit., p. 293), o uso imoral do direito, ou seja, o uso contrário à vocação do homem.

Esse exercício imoral do direito, para Dabin e para vários autores que adotaram a sua concepção<sup>308</sup>, consistiria no exercício do direito para o mal do agente ou para o mal dos outros homens ou da humanidade, exame para o qual a legalidade não se mostraria suficiente.

### 2.3.1.4. AS TEORIAS SOCIOLÓGICAS

Sob a influência da sociologia, as teorias sociológicas definiram o abuso quando o exercício de um direito, embora fosse facultado pelo ordenamento jurídico, respondesse a uma conduta não mais aceita ou mesmo reprovada pela sociedade.

Um dos maiores expoentes da teoria sociológica do abuso de direito foi, sem dúvida, o jurista italiano Mario Rotondi. Em seu *L'Abuso di Diritto*, os atos abusivos foram divididos em duas categorias: (i) atos que, embora exercitados no limite do direito subjetivo, possuem o escopo exclusivo de prejudicar alguém, e (ii) atos que, embora decorram do exercício de um direito originado da lei, que expressava a consciência jurídica comum na época em que foi elaborada, passam a ir de encontro à consciência jurídica superveniente, seja porque houve uma evolução dessa consciência jurídica, seja porque as modificações das próprias condições materiais da comunidade deixaram de possibilitar a ilimitada fruição de um determinado direito ou impuseram novos limites, além dos já existentes (1979, p. 33).

Dessa maneira, o abuso de direito seria um dado de fato, uma categoria metajurídica, consistente na condenação social de um comportamento permitido pelo direito positivo, o qual, obviamente, não teria como acompanhar a rapidez da evolução social. Daí porque a teoria sociológica mostrava a tensão entre os aspectos estático e dinâmico do direito e entre os interesses individuais e os sociais, angariando como adeptos, por exemplo, Machado Neto e Warat.<sup>309</sup>

308 Para Antônio Campos RIBEIRO (1981, p. 62), a antinomia entre direito e moral propôs especialmente por Jean Dabin é única forma de possibilitar a compreensão do abuso de direito, que seria o instrumento pelo qual a moralidade corrigiria o direito. Não se pode igualmente esquecer do minucioso estudo realizado por Jorge Manuel Coutinho de ABREU (1983, p. 19), ao expor a doutrina de Manuel de Andrade, para quem o abuso de direito seria a ofensa ao sentido ético-jurídico da equidade e moralidade.

309 No Brasil, MACHADO NETO (1966, p. 158) adota a lição de Rotondi, por entender que a melhor explicação para o abuso de direito seria a sociológica, uma vez que o direito, como fenômeno social, impõe que determinada conduta, quando passa a contrariar os interesses do grupo, seja

### 2.3.1.5. A TEORIA DO EQUILÍBRIO DE INTERESSES

É a teoria proposta por CAMPION (1925), com grande influência da jurisprudência dos Interesses. Após fazer um minucioso estudo da doutrina e jurisprudência francesas, constatou o autor que os três principais critérios para a configuração do abuso de direito – a intenção de prejudicar, a ausência de motivo legítimo (Josserrand) e a anormalidade do exercício (Salles) – seriam elementos reveladores do único critério apto a definir corretamente o abuso: a ruptura do equilíbrio dos interesses em conflito (op. cit., pp. 299-310).

Em face disso, Campion sustentava que o abuso decorreria da desproporção entre os danos a serem sofridos pela sociedade e as vantagens a serem auferidas pelo titular do direito subjetivo em exercício.<sup>310</sup>

Embora não fale diretamente em proporcionalidade, Campion deixava claro que o abuso de direito decorria de um juízo de ponderação entre o interesse social relativo à proteção do direito e o interesse social lesado com esse exercício. Tanto que define o abuso exatamente quando o interesse social lesado pelo exercício do direito pareça mais relevante do que o interesse social relacionado à intangibilidade das faculdades relacionadas ao direito (CAMPION, op. cit., p. 239).

### 2.3.1.6. AS TEORIAS MISTAS

As teorias mistas, ao contrário de buscarem apenas um critério para a definição do abuso de direito, entendem que todas as teorias contêm, isoladamente, parâmetros que, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, poderão ser utilizados para a identificação da conduta abusiva.

Um dos seus maiores expoentes foi BARDESCO (1913, p. 290) que, preocupado com o fato de o direito ter que se ajustar às evoluções sociais, deixava

---

antijurídica. Como consequência, a teoria do abuso faria o ajuste entre as condutas lícitas mas antijurídicas até que houvesse a modificação legislativa correspondente. Sobre a repercussão da discrepância entre a lei e a consciência social para a definição de abuso, não se pode igualmente desconectar a obra de WARAT (1941, pp. 56-58), que assim define os elementos constitutivos do exercício abusivo de um direito: (a) ato juridicamente lícito; (b) existência de uma forte pressão social, refletida através da normatividade espontânea ou da consciência jurídica coletiva, que aspira a uma modificação do direito positivo e (c) prevalência da proibição emergente da regra da ação social, para o fim de estabelecer uma nova limitação ao direito positivo. Tanto é assim que WARAT (op. cit., p. 68) define o abuso de direito como *el acto lícito a nivel jurídico, pero que el juez considerará que debe ser alterado en su ejercicio en virtud de una prohibición emergente de las reglas de acción con plena vigencia social*. Tradução livre: Warat define o abuso de direito como o ato lícito sob o aspecto jurídico, mas que o juiz considera que deve ser alterado em seu exercício em virtude de uma proibição emergente das regras de ação com plena vigência social.

Jorge AMERICANO (1932, p. 38) e MOLINA (1969, p. 15) acham que a teoria de Campion tem uma postura acenualmente socialista, pois haveria abuso todas as vezes em que o interesse do autor do direito parecesse socialmente menos útil do que os interesses da coletividade. Essa visão excessivamente socialista é que motivou as maiores críticas à teoria, sob o argumento de que a sua concepção de abuso esvaziaria o conteúdo do direito subjetivo, que tem como finalidade imediata o atendimento do interesse do seu titular.

310

claro que o julgamento sobre o abuso de direito deveria analisar as considerações morais, sociais e econômicas e que implicassem conflitos de interesses. Daí porque o autor discordava até mesmo de uma previsão legislativa restritiva sobre o abuso de direito, sustentando que a sua conceituação deveria ser a mais genérica possível, de modo a permitir que os tribunais tivessem liberdade de apreciar o instituto e adaptá-lo às transformações sociais e econômicas.

Para a constatação do abuso de direito, seria recomendável que o exercício do direito fosse analisado a partir dos critérios subjetivos da culpa e dolo, da anormalidade do exercício, da ruptura do equilíbrio entre os interesses envolvidos, do desvio das finalidades do direito, da boa-fé e da moralidade. Essa é a opinião de autores como Molina<sup>311</sup>, Serpa Lopes<sup>312</sup>, Orlando Gomes<sup>313</sup> e Jorge Americano<sup>314</sup>.

---

Vale ressaltar o seguinte trecho de MOLINA (1969, p. 11), em que se observa a pluralidade de critérios para a constatação do abuso de direito: *Quando el titular de una prerrogativa jurídica, de un derecho subjetivo, actúa de modo tal que su conducta concuerda con la norma legal que concede la facultad, pero que resulta contraria a la buena fe, la moral, las buenas costumbres, los fines sociales y económicos en virtud de los que se ha otorgado la prerrogativa: o bien cuando actúa con culpa o dolo, sin utilidad para sí y causando daños a terceros, incurre en acto abusivo, no ejerce su derecho sino que abusa de él*. Tradução livre: Quando o titular de uma prerrogativa jurídica, de um direito subjetivo, atua de modo tal que sua conduta concorda com a norma legal que concede a faculdade, mas resulta contrária à boa-fé, à moral, aos bons costumes, aos fins sociais e econômicos em virtude dos quais a prerrogativa foi outorgada, ou quando atua com culpa ou dolo, sem utilidade para si e causando danos a terceiros, incorre em ato abusivo, não exercendo o seu direito, mas sim abusando dele.

Esse trecho de SERPA LOPES (2001, v. 1, p. 473) esclarece a sua concepção eclética de abuso de direito, ainda que entenda que os múltiplos critérios não deixam de ser uma decorrência da culpa que caracterizaria verdadeiramente o abuso: *Não se pode negar um certo valor a cada um dos critérios oferecidos para a caracterização do abuso do direito. A intenção de prejudicar, a culpa na execução, a ausência de interesse, a anormalidade do exercício de um direito, a ruptura do seu equilíbrio e finalmente o desvio da sua função social, tudo representa uma série fundamental, no nosso entender, caracterizadores da culpa, idéia fundamental no abuso do direito. Ela pode ser tecida não somente quando todos ou quase todos esses elementos se adunam um dado caso, como pode bastar-se com um só dentre eles; de acordo com a situação dos fatos cuja relação esteja subneida ao poder judicante. As divergências surgem, precisamente, quando se elige um só desses elementos para ponto básico único e absoluto dessa forma de responsabilidade. Observe-se, como o fez Demogue, ser necessário não ceder demasiado às tendências unitárias, pois, convém salientar, diz ele, que cada direito tem um limite subjetivo diverso de acordo com a natureza.*

Orlando GOMES (2001, pp. 130-131) igualmente compartilha da definição do abuso de direito a partir de vários critérios. Após afirmar que o exercício dos direitos tem como um dos seus grandes princípios o critério da normalidade, defende que o direito subjetivo encerra três limitações intrínsecas: *1.º, as derivadas da própria natureza de cada qual; 2.º, as decorrentes da boa-fé; 3.º, as impostas pela função ou destinação econômica ou social* (Castan e Tobeñas). Daí porque propõe a seguinte concepção de abuso de direito (idem): *A concepção do abuso de direito é construção doutrinária tendente a tornar mais flexível a aplicação de normas jurídicas inspiradas numa filosofia doutrinária de corresponder às aspirações sociais da atualidade. Trata-se de um conceito antorrecedido. Sua função precripa é aliviar os choques frequentes entre a lei e a realidade. No fundo, técnica de reatimização de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social.*

Vale ressaltar o seguinte trecho de Jorge AMERICANO (1932, p. 25): *E, pois, colhendo o que há de verdade em uma e outra, é preferível adotar um critério misto, que analise, por assim dizer, objetivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com essa medida, e faça decorrer dahi a obrigação de resarcir o dano. É o método preconizado por Giorgio Huc, Ferratoli, Ricci e Chironi.*

314

311

312

313

O aspecto interessante das teorias mistas é mostrar a complexidade do exercício dos direitos subjetivos na atual sociedade, evitando reduzir a análise da licitude da conduta a esquemas fechados ou a teorias muito restritivas.<sup>315</sup>

### 2.3.2. A FORMAÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO NO BRASIL A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Código Civil de 1916 simplesmente não previa nenhuma regra sobre o abuso de direito. Há uma forte suposição de que tal omissão não seria propriamente um descuido, mas sim fruto do seu compromisso com o individualismo, pois, na época da sua promulgação, a teoria do abuso de direito já era bem difundida nos meios intelectuais europeus.

Se realmente ocorreu uma omissão intencional do legislador, quanto ao acolhimento expresso da teoria do abuso, esta não foi suficiente para impedir a aplicação do instituto, pois a doutrina logo começou a entender que a proibição do abuso decorria da interpretação a *contrario sensu* do art. 160, I, do Código Civil. Se este dispositivo afirmava não ser ato ilícito aquele decorrente do exercício regular de um direito, a conclusão contrária seria a de que o exercício irregular de um direito seria ato ilícito.

Parce que a primeira iniciativa de interpretar o art. 160, I, a *contrario sensu*, teria partido do Deputado Melo Franco<sup>316</sup>. No mesmo sentido, Clovis Beviláqua defendia que o nosso Código Civil teria realmente acolhido a teoria do abuso de direito, em razão das tendências socializadoras em relação às quais o direito não poderia permanecer impassivo<sup>317</sup>. Beviláqua, inclusive, tinha per-

315 De acordo com a advertência de LEVI (1993, p. 20), o abuso de direito apresenta-se sob distintos aspectos, motivo pelo qual é difícil uma configuração completa do fenômeno.

316 Segundo Lúcio Flávio de Vasconcelos NAVES (1999, p. 198), Melo Franco sustentava que na segunda espécie de atos ilícitos (ou seja, naquela espécie mencionada na segunda parte do inciso I, do atual artigo 160 e que se refere ao "exercício regular de um direito") é que se contém a devida questão do abuso de direito, estando hoje assentado na doutrina que o exercício do direito deve limitar-se em harmonia com os interesses a que ele respeita e com as normas da moral social (...). A seguinte lição de BEVLÁQUA (1921, v. I, pp. 420-421) reforça a necessidade de superação do individualismo exacerbado do Estado liberal: Estatue o art. 160 I, que não constitui acto ilícito o praticado no exercício de um direito reconhecido. A contrario sensu, o praticado em exercício não regular de um direito, é ilícito. Eis ahí a condenação do abuso do direito, como bem notou o deputado Melo Franco (Diário do Congresso de 21 de Novembro de 1915). Desde muito cedo, as melhores consciências sentiram que o direito deve ser exercido dentro de certos limites éticos: (...) a evolução do direito se tem operado no sentido do maior desenvolvimento e accentuação de seus intuitos éticos, e correspondente redução dos seus elementos egoísticos. A sociologia, compreendendo-o como uma força moral destinada a manter o equilíbrio das energias sociais em acção, contribuiu, fortemente, para a solução do abuso do direito. Se a função do direito é manter em equilíbrio os elementos sociais conflitantes, desvirtua-se-o, mental ao seu destino, quando se exige, no seu exercício, a ponto de tornar um princípio de desharmonia. Essa tendência socializadora do direito e a sua finalidade social exigem a socialização do seu exercício. O direito é a resultante das solicitações dos interesses do indivíduo e da sociedade. O seu exercício deve seguir a linha media traçada por essas duas solicitações. Este pensamento que, hoje, se acha emboldado na

feito conhecimento da diversidade de teorias a respeito da função social e do abuso dos direitos subjetivos, mas defendia a orientação de que o Código Civil teria se filiado ao critério de Saleilles, ou seja, da anormalidade do exercício.<sup>318</sup>

É claro que, em razão de não haver uma regra expressa sobre o abuso de direito, sempre houve uma significativa controvérsia na doutrina nacional a respeito do instituto. Para muitos autores, como Caio Mário da Silva Pereira, sequer se poderia extrair do Código Civil o reconhecimento do abuso de direito<sup>319</sup>. Para Orlando GOMES (2001, p. 130), não teria havido, no Código Civil, o propósito de consagrar a teoria do abuso de direito, motivo pelo qual esta teria decorrido da *interpretação construtiva*.

No entanto, a doutrina foi consolidando-se no entendimento de que o abuso de direito decorreria, sim, da interpretação a *contrario sensu* do art. 160, I, do Código Civil, como é o caso de Eduardo ESPÍNOLA (1939, v. I, p. 617) e Pontes de MIRANDA (2000, Tomo II, p. 338).

No que se refere aos critérios de identificação do abuso, aí é que as divergências mostraram-se desde cedo, sendo fácil encontrar, no direito brasileiro, representantes de praticamente todas as teorias existentes para explicar o abuso de direito.

A teoria subjetiva intencional é adotada por Caio Mário da Silva PEREIRA (2000, v. I, p. 430), que, como já visto, entende que o abuso de direito apenas ocorre na hipótese de estar presente a intenção exclusiva de causar dano a outrem, o que o reduz a um ato emulativo.

Já a teoria subjetiva que abarca igualmente o conceito de culpa é a escolhida por CARVALHO SANTOS (1963, pp. 350-353), segundo o qual bastaria o excesso culposo para caracterizar o abuso de direito. Para o autor, o nosso Cód-

consciência geral, esclarecido e divulgado pela sociologia, foi bem expresso por Bardecco, quando escreveu: "O direito destina-se a alcançar o bem geral, ao mesmo tempo que a satisfação dos interesses individuais; o abuso de direito, que é o exercício anti-social de um direito gera a responsabilidade. Os direitos não são fins em si, porém meios de realizar um fim, que lhes é exterior. Por outros termos, os direitos não são absolutos, quanto ao seu exercício, porém limitados pelo seu próprio fim. Abusar do direito é tomar o meio pelo fim, e exercê-lo de modo contrário ao interesse geral e à noção de equidade, tal como se apresenta, num dado momento da evolução jurídica. Abusar do direito é servir-se d'elle, egoisticamente, e não socialmente. Em um estado jurídico, em que a justiça e a equidade tendem, como actualmemente, à socialização do direito, o seu abuso compromete a responsabilidade de quem o pratica." (L'abus du droit, p.226).

318 Segundo BEVLÁQUA (op.cit., p. 422), o brasileiro - mencionando o nosso Código Civil - , art. 160 I, refere-se ao exercício irregular do direito. É a doutrina de SALEILLES. O exercício anormal do direito é abusivo. A consistência pública reprova o exercício do direito do indivíduo quando contém direito e abusivo. A consistência pública reprova o exercício do direito do indivíduo quando contém direito e abusivo. Conforme Caio Mário da Silva PEREIRA (2000, p. 118), no Código Civil Brasileiro não existe, nem

319 no ao destino econômico e social do direito, em geral. " Para Orlando GOMES (2001, p. 130), não teria havido, no Código Civil, o propósito de consagrar a teoria do abuso de direito, motivo pelo qual esta teria decorrido da interpretação construtiva. No entanto, a doutrina foi consolidando-se no entendimento de que o abuso de direito decorreria, sim, da interpretação a contrario sensu do art. 160, I, do Código Civil, como é o caso de Eduardo ESPÍNOLA (1939, v. I, p. 617) e Pontes de MIRANDA (2000, Tomo II, p. 338). No que se refere aos critérios de identificação do abuso, aí é que as divergências mostraram-se desde cedo, sendo fácil encontrar, no direito brasileiro, representantes de praticamente todas as teorias existentes para explicar o abuso de direito. A teoria subjetiva intencional é adotada por Caio Mário da Silva PEREIRA (2000, v. I, p. 430), que, como já visto, entende que o abuso de direito apenas ocorre na hipótese de estar presente a intenção exclusiva de causar dano a outrem, o que o reduz a um ato emulativo. Já a teoria subjetiva que abarca igualmente o conceito de culpa é a escolhida por CARVALHO SANTOS (1963, pp. 350-353), segundo o qual bastaria o excesso culposo para caracterizar o abuso de direito. Para o autor, o nosso Cód-

go Civil não seguiu à risca a doutrina de Saleilles, pois, embora rejeite a anormalidade do exercício de um direito que ofende ao seu destino econômico e social, repele o absoluto objetivismo da teoria da anormalidade do exercício, na medida em que a culpa seria indispensável para que o ato fosse considerado abusivo.

A doutrina finalística de Saleilles, além de Bevilacqua, obteve a aceitação de Eduardo Espínola e San Tiago Dantas<sup>320</sup>. A teoria do abuso de direito como correivo de moral encontra a adesão de Aguiar Dias<sup>321</sup>. A teoria sociológica foi acolhida por Machado Neto. E as teorias mistas, como já se viu, estão representadas por Orlando Gomes, Serpa Lopes e também por Jorge Americano.

Vale ressaltar que, muito embora não contenha uma regra geral ao abuso de direito, o Código Civil de 1916 possuía várias regras específicas em que se referia expressamente ao abuso<sup>322</sup> e diversos outros dispositivos que, de uma forma ou de outra, mostravam a distinção entre o exercício regular e o exercício abusivo de um direito. Critérios como a normalidade, a utilidade, o interesse, a proporcionalidade, o repúdio à arbitrariedade e a proibição à privação total dos efeitos normais de um ato já eram amplamente utilizados pelo Código Civil de 1916<sup>323</sup>,

320 ESPÍNOLA (1939, v. 1, p. 617) afirma que o abuso do direito é objeto de uma teoria nova, que considera ato ilícito o exercício anormal ou irregular de um direito, isto é, o exercício que se alise do uso ordinário ou dos limites resultantes do fim social do mesmo direito. Já San Tiago DANTAS (1972, p. 99) defende o critério de Saleilles de acordo com o seguinte ensinamento: *Entre as que vêem o abuso na falta de motivos legítimos, na intenção de prejudicar, no conflito entre um direito e um dever moral pertencentes à mesma pessoa, no rompimento do equilíbrio entre os interesses tutelados pelo direito, no exercício anormal do direito, parece indiscutível que foi esta a visada pelo Código Civil. Essa é a opinião do Dr. Clóvis Bevilacqua, e indubitavelmente nenhuma teoria parece convir mais do que esta, pela leveza e clareza e ao espírito do nosso direito.*

321 AGUIAR DIAS (1950, v. II, pp. 97-98) define o abuso de direito com base na regra moral de não prejudicar o outro, assim exposta: *É noíma fundamental de toda sociedade civilizada o dever de não prejudicar o outro. Essa "regra de moral elementar", de conteúdo mais amplo do que o princípio da liberdade individual é, largamente, limitativa das faculdades que o exercício comporta. Abuso de direito é, para nós, todo ato que, autorizado em princípio, legalmente, se não conforme, ou em si mesmo ou pelo modo empregado, a essa limitação. Há, ninguém duvida, um direito de prejudicar. Mas, para que se possa exercer, é preciso estar autorizado por interesse jurídico-social prevalente, em relação ao sujeito passivo da ação prejudicial.*

322 O direito de família possuía, ao menos, três hipóteses de abuso de direito. Uma delas dizia respeito à negativa abusiva, por parte dos pais, de dar autorização para o casamento dos filhos menores, prevendo o art. 188 que a denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz, com recurso para a instância superior. O critério do abuso seria, portanto, o da ausência de motivo justo. O art. 413, V, impossibilitava de serem tutores as pessoas de mau procedimento, ou falta de probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores. E o art. 394 previa expressamente que se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou antuñando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo, até quando convenha, o pai ou poder. Dessa maneira, o não-cumprimento dos deveres intrinsecamente relacionados ao direito pode ser considerado, no caso do pai ou poder, uma hipótese de abuso.

323 Como exemplos gerais, poderiam ser citados o art. 100, ao prever que não se considera coação a ameaça ao exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial, e também o art. 115, ao afirmar, em relação às condições dos atos jurídicos, que entre as condições defesas se incluem as

que se refere, inclusive, a hipóteses específicas de abuso de direito<sup>324</sup>.

Por fim, não se pode esquecer do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual, prevendo que *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, previu outros dois critérios gerais – o fim social da lei e o bem comum – para a compreensão do exercício do direito e, conseqüentemente, do abuso.

A partir da segunda metade do século XX, a jurisprudência brasileira também começou a discutir a questão do abuso de direito. Merece destaque a grande contribuição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, tendo proferido diversas decisões, nas décadas de 50 e 60, reconhecendo o instituto<sup>325</sup>.

que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes. Na parte que toca à propriedade, o art. 526, do Código Civil de 1916, dispunha que o exercício do direito está condicionado aos critérios da utilidade e do interesse, ao determinar que a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, *tais ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse algum em impedi-los*. Quanto às obrigações, o art. 875 previa que *as coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrato não resultar do título da obrigação, esclarecendo, na segunda parte, que não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor, a partir de um critério para assegurar um mínimo de justiça*. O critério da proporcionalidade, para conter o abuso do direito relativo à liberdade de contratar, estava presente no art. 924, segundo o qual quando se cumprir em parte a obrigação, *podrá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada pra o caso de mora, ou inadimplemento*. E os arts. 1.530 e 1.531 tratam do abuso do direito de demandar, prevendo sanções para a hipoteca de cobrança de dívida não vencida ou já paga, sendo que, no caso desta última hipótese, seria o pagamento em dobro da dívida já paga. Já no que se refere às locações, o art. 1.193 dispõe que *se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos*. O critério adotado aqui foi o da própria anormalidade do uso, constatada principalmente quando a coisa for usada em uso diverso do ajustado ou uso diverso do fim a que se destina, embora tais parâmetros não sejam exaustivos.

324 Além dos exemplos do direito de família, já citados anteriormente, o art. 1.303, do Código Civil anterior, previa que *pelas somas que devia entregar ao mandante, ou receber para despesas, mas empregar em proveito seu, pagar, o mandatário, juros, desde o momento em que abusou*.

325 Na enenda do RE 17576 (STF, Relator Ministro José Luís Martins, DJ 24.06.52), fica claro que *provado o abuso de direito e o dano dele decorrente, teria a decisão de concluir pela responsabilidade dos recorrentes, já no julgamento do RE 27866, ocorrido em 1955, o Supremo Tribunal Federal depurou-se com a seguinte questão: o locatário, sob a alegação do exercício do seu direito à inviolabilidade de domicílio, impedia o locador de visitar o imóvel de propriedade deste*. O relator, Ministro Ribeiro da Costa, entendeu que o locatário não o exercício regular de um direito, citando precedente no mesmo sentido. Mas o Ministro Nelson Hungria (DJ 07.07.55) instaurou a divergência, que veio a prevalecer, na orientação de que os abusos no exercício dos direitos devem ser conhecidos, nos termos do seguinte voto: *Acontece, entretanto, o seguinte: após o aresto a que V.E.ª se refere, datado de 30 anos, a jurisprudência e a doutrina se alicerçam ao reconhecimento de que o nosso Código Civil, interpretado a contrario sensu num dos seus artigos, era inteso no "abuso de direito", isto é, ao exercício de um direito por mero espírito de emulação, por simples capricho, sem que resulte para seu titular proveito algum, mas acarretando prejuízo a terceiro. É leve pessoas para visitar o prédio locado, uma vez que, como bem diz o acórdão recorrido, se estabelecendo e regulando as visitas, o acórdão não violou o direito da locatária, mas atendeu-se à lei objetiva, que não permite o abuso de direito, o exercício do direito pelo só e acirroso capricho de exercê-lo. É certo que ao mordaz assiste o direito de excluir do âmbito do seu domicílio pessoas estranhas mas, todo direito tem limites racionais, dentro dos próprios princípios gerais da ordem jurídica, e um desses limites é, precisamente, aquele que não permite que se exerça um direito além da necessidade prática, por mero capricho ou emulação, em detrimento de outrem*.

A preocupação do Supremo Tribunal Federal quanto ao abuso de direito manifestou-se especialmente em temas de interesse social relevante, como no caso de locação, para o fim de se resguardar os direitos do locatário em face do locador<sup>326</sup>, e nas hipóteses das relações de trabalho, para o fim de evitar atitudes abusivas por parte dos empregadores, notadamente a de transferir os empregados para lugares distantes e a de despedir o empregado com a finalidade única de que o mesmo não completasse o prazo necessário para se tornar estável<sup>327</sup>. Também era ampla a repressão ao abuso do direito ao processo, admitindo-se a condenação do litigante de má-fé mesmo sem pedido da parte contrária<sup>328</sup>.

Questão interessante, que demonstra a evolução da jurisprudência de uma concepção individualista do exercício dos direitos para uma análise finalística dos mesmos, diz respeito à purgação reiterada da mora em ações de despejo. Inicialmente, tal conduta era vista como um regular exercício de direito<sup>329</sup>. Mas o Supremo Tribunal Federal modificou a sua jurisprudência, para o fim de se considerar abusiva a purgação reiterada e desmotivada da mora<sup>330</sup>.

Vale ressaltar que foi exatamente esse entendimento jurisprudencial que influenciou o legislador a proibir, de forma objetiva, a utilização abusiva da faculdade de purgar a mora. Tanto que o parágrafo único, do art. 62, da atual Lei de Locações, prevê expressamente que *não se admitirá a emenda da mora se o locatá-*

*rio já houver utilizado essa faculdade por duas vezes nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação.*

Bem anteriormente à atual Lei de Locações, várias outras hipóteses de abuso de direito foram previstas por leis específicas. Uma delas é a Lei de Economia Popular (nº 1.521/51) que, reconhecendo uma modalidade de lesão, de fine como crime, no seu art. 4º, b, *obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou levianidade da outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.*

Além disso, podem ser lembradas as hipóteses de abuso no direito de informar<sup>331</sup>, abuso no direito de requerer falência de outrem<sup>332</sup> e abuso no direito de demandar e de recorrer em processos judiciais<sup>333</sup>.

A própria legislação trabalhista é tradicionalmente considerada como a maior aplicação da teoria do abuso, de forma a evitar que a liberdade incondicional dos empregadores compromettesse os interesses maiores da sociedade, relativos ao direito ao emprego e à dignidade do trabalhador. O mesmo raciocínio pode ser aplicado à legislação de proteção ao consumidor<sup>334</sup>.

331 A liberdade de informação jornalística foi igualmente limitada pela Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que prevê genericamente o abuso de direito em seu art. 12, segundo o qual *aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta lei e responderão pelos prejuízos que causarem.*

332 No que se refere ao direito comercial, a Lei de Falências igualmente sanciona o abuso do direito de requerer falência de outrem, nos seguintes termos: *Art. 101. Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.*

333 *§ 1º Havendo mais de 1 (um) autor do pedido de falência, serão solidariamente responsáveis aqueles que se conduziram na forma prevista no caput deste artigo.*

334 *§ 2º Por ação própria, o terceiro prejudicado também pode reclamar indenização dos responsáveis. No âmbito do processo, o abuso do direito de demandar ou de recorrer sempre foi tema recorrente, sendo reconhecido pelo Código de Processo Civil em razão do *animus nocendi*, ou seja, da má-fé sendo o litigante. O art. 17, do Código de Processo Civil deu um tratamento sistemático à matéria, considerando o litigante de má-fé todo aquele que deduz pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (inciso I), altera a verdade dos fatos (II), usa do processo para conseguir objetivos ilegais (inciso III), procede de modo temerário em relação a qualquer incidente ou ato do processo (inciso V), provoca incidentes manifestamente infundados (inciso VI). Ressalta-se que a Lei 9.668/98 acrescentou o inciso VII ao art. 17, do CPC, para o fim de considerar litigante de má-fé aquele que interpele recurso com intuito manifestamente protelatório.*

O Código de Defesa do Consumidor adota como critérios para a configuração do abuso a proporcionalidade em todos os seus desdobramentos, a equidade e a boa-fé. De fato, o art. 51, considera abusivas todas as cláusulas que (a) impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor (inciso I), subtraiam ao consumidor a opção de reembolso de quantia já paga (inciso II), transfiram responsabilidade a terceiros (inciso III), estabeleçam obrigações iníquas, abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (inciso IV), dentre outras. O § 1º, do art. 51, ainda explicita o que se pode considerar como vantagem exagerada, abrangendo as hipóteses em que a mesma ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence (inciso I), restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar o seu objeto ou o equilíbrio contratual (inciso II) e se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e as circunstâncias peculiares ao caso. (inciso III).

326 No RE 15553 (Relator Ministro Luis Gulloni, DJ 09.07.52) decidiu o STF, em relação ao pedido de retomada do imóvel para uso próprio, que *pode o locatário provar a incidência do pedido ou que este é abusivo, obstando a retomada*. No RE 81902 (Relator Ministro Lúcio de Abreu, RTJ 85/568), o STF confirmou decisão que considerou evadida *abuso de direito a ação de despejo em que o autor é sócio da locatária, uma vez que, segundo o exame dos fatos, o despejo tinha por fim destruir a sociedade ou empobrecer-la, desmoroná-la, afiligi-la economicamente.*

327 No RE 53849 (Relator Ministro Victor Nunes, DJ 27.08.64), entendeu-se que não contraria a lei a decisão que rescinde contrato de trabalho por motivo de transferência abusiva, não prevista contratualmente, e para local distante, embora no mesmo município, com evidente prejuízo para o empregado. No RE 50834 (Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, j. 26.08.63), também ficou reconhecido o abuso do empregador no direito de transferir empregado. No RE 56272 (Relator Ministro Evandro Lins, DJ 30.07.64) e no RE 44771 (Relator Ministro Antônio Villas Bôas, RTJ 14/256), o STF entendeu que a despedida de empregado com o objetivo de evitar que o mesmo adquirese a estabilidade seria abusiva.

328 É o que foi decidido no RE 27620 (Relator Ministro Arnanjo Costa, DJ 26.05.55).

329 No RE 27222 (Relator Ministro Haimankin Guimarães, DJ 19.04.56), decidiu o STF que *não comete abuso de direito o locatário que purga a mora, exercendo várias vezes a faculdade concedida no art. 15, parágrafo 1º, da Lei 1.300 de 28 de dezembro de 1950.*

330 A emenda do RE 29749 (Relator Ministro Ribeiro da Costa, j. 08.05.56) é clara ao reconhecer o abuso de direito em razão da protelação reiterada no pagamento do aluguel: *A LEI, PERMITINDO A PURGA DA MORA, QUANDO REQUERIDA NO PRAZO PARA A CONTESTAÇÃO DO PEDIDO DE DESPEJO, NEM POR ISSO ACOBERTA O ABUSO DE DIREITO, CONCRETIZADO NA CONDUTA DO LOCATÁRIO QUE, REITERADAMENTE, PROTEIA O PAGAMENTO DO ALUGUEL. A EMENDA DA MORA É OPORTUNIDADE QUE A LEI DO INQUILINATO ARMA EM FAVOR DO LOCATÁRIO. ATENDE A UMA PREMÊNIA ECONÔMICA QUE DEVE SER RIGOROSAMENTE JUSTIFICADA. SEM ABRIR ENSEJO A UM PRIVILÉGIO ODIOSO, EM DETRIMENTO DE LEGÍTIMO INTERESSE DO LOCADOR EM AUFERIR SUA RENDA DENTRO DO PRAZO CONTRATUAL.*