

DO ABUSO DO DIREITO AO ABUSO DO PODER

ROBERTO ROSAS

Certamente, tema envolvente é o exercício do poder, e conseqüentemente o abuso, deletério, maléfico, prejudicial. O abuso do poder está no cerne do mandado de segurança como meio de reparar o abuso, e assegurar o direito do atingido pelo excesso de poder. Naturalmente, é difícil identificar se o abuso do direito deu margem ao abuso do poder. Parece ser esse o caminho. Se o homem abusou, um dia, foi do seu direito, como cidadão, como poderoso, como chefe do clã, do dito governo. O tempo separou os dois abusos, deu-lhes remédios, soluções, enfim, estrutura legal, tanto que nosso Código Civil trata do abuso de direito, e a Constituição, do abuso do poder.

O desenvolvimento material e intelectual da sociedade aumenta consideravelmente a gama de interesses das necessidades da própria vida.

Para felicidade dos humanos, essas lutas e reivindicações são a conseqüência do progresso que intensifica as relações sociais, mas o indivíduo beneficiado por essa evolução deve respeitar os limites das atividades alheias, as conquistas individuais, preservadas com dificuldades. Aquele que exorbita o exercício de seu direito, conferido pelos ditames legais, violando as normas reguladoras da atividade econômica e social, produz desequilíbrio nessas relações ao abusar do direito.

Desde a negação de Planiol, Esmein, Baudry da existência do abuso de direito até nossos dias, a doutrina desse conceito tem sofrido evolução importante, para caracterizar os seus delineamentos, graças às interpretações da doutrina e da jurisprudência, ganhando impulso a partir do notável trabalho de Jossierand (*L'Esprit des droits ...*) e Champion (*La Théorie de l'abus des droits*; Viegilio Giorgianni — *L'abuso Del diritto nella teoria della norma giuridica*, 1963).

Na legislação alienígena a teoria do abuso do direito iniciou-se com capítulo da responsabilidade civil, ou, por outro lado, derivado da noção de

culpa do art. 1.382 do Código Civil francês. Mazeaud — *Responsabilité Civile*, nº 547 e 576, e Demogue — *Traité des Obligations*, IV, nº 634, consideram muito extensa a noção do art. 1.382 para abranger o abuso do direito, que para eles não é senão variedade do ato ilícito. (Soudart — *Traité General de la responsabilité*, 4ª ed. I, nº 439; Planiol — *Des Obligations*, VI, nº 578). Saleilles defendeu o critério do exercício anormal do direito, exercício contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo, passando a adotar o critério subjetivista (*Théorie General de L'Obligation*, 3ª ed., 1935, p. 370, nota I).

Para Alvinio Lima a teoria do abuso do direito, proclamando a relatividade dos direitos, não negou a existência dos direitos subjetivos, mas exaltou a influência da moral no direito, combatendo o que Sílvio Trentin chama de egoísmo, isto é, destas doutrinas que definem o indivíduo como limitado em si próprio que negam, conseqüentemente, sua submissão a todo princípio superior e que fazem basear a satisfação de seu destino unicamente nas forças de que dispõem. (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro* — vol. 1º, p. 348).

A noção de abuso do poder recolheu os princípios correntes na noção de abuso de direito para caracterizar o uso indevido do poder, quando é usado indevidamente o direito. Francisco Campos pensa de maneira diversa ao afirmar que “a noção de abuso de direito consiste, precisamente, na aplicação desses conceitos de há muito correntes no Direito Público Privado” (*Direito Civil*, p. 192).

Os pontos de contato entre abuso do direito e abuso do poder são interessantes. Pedro Batista Martins considera que o desvio de poder corresponde na técnica do direito administrativo ao abuso de direito, entretanto não se confundem. (*O abuso de direito*, p. 217). Em contraposição ao ilustre jurista pátrio, Demogue impugna a identidade do desvio de poder com o abuso do direito, principalmente na execução (*Traité des Obligations em General*, IV, 383). No abuso de poder e no de direito há uma violação a um direito alheio ou pelo menos um esbulho, porque não foi exercitado dentro dos limites legais da atividade humana, para não ferir o direito de outrem, atingindo não o mero direito objetivo, mas o direito que o outro indivíduo, por sua vez, poderia exercitar. Estabelecida, em suma, a colisão de direitos, apresenta-se o problema: qual o direito preferencialmente protegido? Dada a resposta, fica certo que, em face de um direito preferencial assegurado, não é possível exercer, em hipótese, o direito que se tem em tese” (Aguiar Dias — *Da Responsabilidade Civil*, II, 523; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — *RDA* 102/35).

Não é descabida a aplicação da noção de abuso do direito ao Estado: a Administração, porque o Estado pode tomar certas atitudes e medidas excedendo o seu direito com a limitação de determinadas situações, como seja, por exemplo a fixação da hora legal de verão, que pode ser determinada em um número de horas a critério do Governo, mas este pode exorbitar no seu direito de fixação e prejudicar a terceiros (comércio e indústria etc.); a abertura do comércio de uma cidade; a permissão de estacionamento em determinados logradouros; tudo isso dentro do critério de utilidade pública, para o bem-estar social, afora isso, estará a autoridade pública ingressando no ângulo do abuso, do poder sanável através do *habeas corpus* e do mandado de segurança (art. 5º, LXVIII; LXIX, da Constituição), em combate ao abuso do poder de autoridade opõe-se a responsabilidade civil do Estado (art. 43, do Código Civil, e art. 37, § 6º, da Constituição). Ademais, o Estado também concorre como contratante ou participante nas explorações industriais e comerciais. Assim sendo, quando o Estado age nesses casos, ele é responsável pelos atos de seus prepostos e está dentro da responsabilidade civil (STF — MS 12512 — RF 212/98; STF — MS 13942 — RF 212/91; Hely Lopes Meirelles — *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª ed., p. 628).

Observa Marcel Waline que o abuso de direito tem ponto comum com o “*détournement de pouvoir*”, consistindo ambos num fim contrário à intenção do legislador. (*Précis de Droit Administratif*, 1969, p. 348), e até ato anti-social (Marcel Waline — *L'Individualisme et Droit*, 1945, p. 410). Ver opinião de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. 1/426; Agustín Gordillo — *Princípios Gerais de Direito Público*, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 185; Celso Antônio Bandeira de Mello — *Curso de Direito Administrativo*, 18º ed., p. 376).

Quanto à importância do conceito de abuso de direito, cabe ressaltar a observação pioneira de Alfredo Valadão sobre a necessidade da inclusão do abuso de direito nos textos, e assim o pretendeu quando da elaboração do Projeto de Código Civil alertando para a imprescindível configuração do abuso de direito, que malgrada a sua palavra não foi inserida no Código Civil. Clóvis procurou apontá-lo no art. 160, I, do Código Civil (1916). Essa omissão foi sanada no Código de Processo Civil no art. 3º, parágrafo único (1939) e no Anteprojeto do Código de Obrigações (art. 156)). Mais claramente encontra-se no Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de autoria de Haroldo Valladão, que indica as verdadeiras dimensões do art. II os seus devidos termos:

“*Não será protegido o direito que for ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou antissocial.*”

Tão grande é a importância do combate ao abuso de direito que foi erigido à categoria de preceito constitucional em vários países (Constituição da Argentina, art. 35; Portugal, art. 271º; Japão, art. 12; Espanha, art. 106 (textos anteriores). Como poderemos assinalar expressamente:

Constituição do Japão — art. 12: “*A liberdade e os direitos garantidos ao povo por esta Constituição serão mantidos pelo esforço constante do povo, o qual se absterá de qualquer abuso dessas liberdades e direitos e sempre se responsabilizará pela utilização dos mesmos em prol do bem público.*”

Já dizia a Constituição brasileira de 1891: “*Em geral, todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição (art. 65, § 2º, da Constituição de 1891).*”

Foi Marcel Waline, em síntese lapidar, o objetivo separador das duas nações:

“*Il ya abus du droit ou des droits, lorsque quelqu'un a use de son droit dans un but anti-social, méchant ou malveillant, quin e peut donc être l'usage que lê législateur avai prévu que l'on ferait de ce droit lorsqu'il l'a consacré. Il ya de même détournement de pouvoir lorsqu'une autorité administrative a use d'un pouvoir qu'elle tient de la loi, mais dans un but différent de ce que lê législateur avait prévu.*” (Précis de Droit Administratif, § 654).

José Cretela Júnior distingue abuso e desvio de poder (*Do Desvio de Poder*, p. 18). Segue-se a linha de Carnelluti, para quem: “*excesso di potere e nozione che esprime, invoce, la appartenaza non il difetto Del potere, ma il suo impiego al dilá daí limiti consetiti e percio il contrasto tre la posizione e la forma dellátto ...*” (Sistema, II, 427).

Também Caio Tácito declara ser o desvio de poder uma das formas de abuso de poder previstas na Constituição. (*Desvio de Poder em matéria administrativa*, p. 81); Manuel de Oliveira Franco Sobrinho — *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, 1979, p. 186; Celso Antônio Bandeira de Mello — *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 1992, p. 49 e 57).

Em observação de Seabra Fagundes, o abuso de poder é mais próprio do Direito Penal do que do Direito Administrativo, ponto rebatido por Castro Nunes, que mostra a autoridade legalmente investida da função ou competente para o ato. No exercício dessa função verifica-se o abuso (*Do Mandado de Segurança*, 7ª ed., 1967, p. 141).

Bardesco faz analogia do abuso de direito com *détournement de pouvier* no direito administrativo. Afirmava que o administrador não pode servir-se de seus poderes, de sua função, em vista de um fim, mas em razão do objetivo

conferido pelo poder público. Os direitos individuais podem ser considerados funções (Bardesco — *L'Abus du Droit*, Paris, 1913, introd.).

Limites do Abuso de Poder

Entre os conceitos existentes em nosso sistema constitucional um não mereceu estudo circunstanciado: é o relativo ao abuso de poder, ínsito nas Cartas anteriores como fonte propiciadora do socorro aos remédios constitucionais do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

Não encontramos na literatura jurídica nacional apreciação sistemática sobre o abuso de poder. Acresce, no entanto, o desejo levado a cabo por ilustres escritores jurídicos na consecução de um estudo sobre abuso de poder, mas suscitando polêmicas e dúvidas quanto à sua origem do ponto de vista nacional, o *nomen juris* e a evolução que sofreu no direito pátrio. Não há menor dúvida de que a obra de Rui Barbosa foi toda ela consagrada ao combate ao abuso de poder.

Tentaremos levar a cabo uma apreciação sobre o abuso do direito e de poder, as derivações, as relações do direito com o poder, enfim, sua projecção no campo jurídico e as soluções necessárias ao combate aos desmandos oriundos do uso indevido do direito e do poder.

O poder está implícito na ação da autoridade, porque o direito concede esse poder, porém, quando ele se exorbita, ultrapassa na sua atividade, então aí caracteriza-se o abuso de poder que deveria ser exercitado dentro de certos limites.

Os limites da extensão do abuso de poder estão nos exatos termos da configuração do poder e do seu exercício pretensamente desenvolvido. Mas não é tarefa fácil, porquanto a sede ao poder, os desmandos, os desregramentos influem substancialmente no condicionamento do exercício do poder. Por isso, Rui afirmou:

“Poder não é ter obrigação de fazer alguma coisa, não é estar adstrito a praticar alguma ação. É ter direito, a competência, a autoridade para uma função, para um ato, para uma coisa. Usará dessa autoridade, exercerá essa competência, quando caiba, quando importe, quando julgue. Não obrigatoriamente. Não fatalmente. Não cegamente. Mas apreciativamente. Mas discricionariamente... Claro está que em todo poder... que o exijam (o art. 6º — pág. 25).

Assim, a exigência do poder para o seu exercício é de meridiana necessidade, sem a qual ou se concederá além do requerido, e aí há o abuso, ou então requisitado o exercício não o fizer.

Por isso, o poder tem necessidade de tutela para preservar a intangibilidade dos direitos, principalmente o direito individual, tão sublime como um dos maiores ideais de justiça e dever. No entanto, nem sempre o detentor do poder não compreende ou não pode aquilatar a expressão dos seus atos, o alcance de suas ações, porém, dentro desse poder, o exercita demasiadamente segundo regras legais, mas excessivamente, assim acarretando o abuso desse poder. Sabiamente forjou-se o remédio para esse mal, essa idiosincrasia jurídica aos desmandos. Vamos encontrar a fórmula de combate, nos idos de 1215 na extraordinária conquista da Magna Carta. Seus efeitos fizeram-se sentir pelos tempos até se consolidar no mais puro e cristalino dos direitos, isto é, o socorro ao benefício do *habeas corpus*. Mas a vida jurídica brasileira é fértil de exemplos de primazia, de eloquência e conquistas, e isto verificamos na chamada doutrina brasileira do *habeas corpus* capitaneada pelo grande líder das liberdades individuais. Pedro Lessa, quando a jurisprudência mais uma vez adiantou os contornos de um novo instituto, hoje bem difundido: o mandado de segurança. Essas duas medidas defensoras do direito líquido e certo da liberdade individual estão colocadas no pedestal das grandes conquistas do homem no terreno jurídico, a fim de preservá-lo da ilegalidade e do abuso de poder, este por vezes tomado por outras denominações, mas tem no Brasil delineamentos singulares, não se igualando a outros similares estrangeiros (Seabra Fagundes — *O Controle dos Atos Administrativos*, p. 307). Há formas de abuso de poder, no entanto, neste estudo interessa-nos o ponto de vista constitucional, isto é, a posição do abuso de poder diante do texto constitucional, sua existência nos vários atos da vida jurídica, quando eivados de abuso de poder e suscetíveis de combate através do mandado de segurança ou do *habeas corpus*.

Trata-se de vício no ato praticado por autoridade que no exercício de poder não atinge os seus objetivos, o bem público ou a finalidade de sua ação. Não se trata de exercício fora da lei, assim teríamos a ilegalidade, nem a usurpação de função, aí teríamos crime, porém a atividade de poder, não exercido com as cautelas devidas, que ultrapassa os limites da sua ação, nem sempre endereçada dentro das suas atribuições (Rafael Bielsa — *Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración*, 2ª ed., vol. I, p. 165), ou finalidade: Themistocles Cavalcanti — “O Princípio de Legalidade e o Desvio de Poder” — *RDA* 85/I; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho — *Da Competência Administrativa*, São Paulo, 1977; Celso Antônio Bandeira de Mello — “Desvio de Poder”, *RDP* 89/24). Em suma, Hauriou sintetizou bem a atitude

do administrador no abuso de poder: a autoridade administrativa, ao praticar ato de sua competência, não cometendo violação da lei, usa o poder para um fim e por motivos diversos daqueles que lhe foi conferido (*Précis Elémentaire de Droit Administratif*, p. 197; Hely Lopes Meirelles — *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª ed., p. 109).