

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 Josserand (*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).

