

Considerações sobre o Abuso do Direito

GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO* **

1. Introdução

O artigo 334.º do Código Civil, sob a epígrafe «abuso do direito», dispõe que «[é] ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito». Esta redacção, em larga medida tomada de empréstimo ao artigo 281.º do homólogo grego, tem a marca de água do direito civil alemão, evidenciada pela remissão legal para a boa fé e os bons costumes.¹ Por esta via indirecta, a lei portuguesa atribuiu foros de cidade a uma figura histórica do direito francês, entretanto algo negligenciada no seu local de origem, vertendo-lhe um conteúdo jurídico em grande medida germânico. Os franceses conceberam a figura do abuso, mas dão-lhe escasso uso, praticamente restrito aos casos muito raros – e, como veremos, enquadrados em termos diversos por doutrina antiga – em que o titular de um direito o exerce com o propósito único de prejudicar terceiro. Já os alemães, não tendo embora acolhido plenamente a figura, nem lhe concedendo honras legais, prosseguem as funções que lhe são atribuídas no direito português

Por opção do autor, o presente artigo não segue o acordo ortográfico.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vice-Presidente do Tribunal Constitucional (<https://orcid.org/0000-0001-9304-1650>).

** Este texto tem por base a apresentação sobre «abuso do direito» que fiz na série *Católica Talks* – dedicada, no ano lectivo de 2022-23, ao tema geral dos «conceitos indeterminados» –, a convite de Elsa Vaz de Sequeira. Tendo-me instado a dissertar sobre um tema em que há muito não pensava e sobre o qual não me posso considerar um especialista, a anfitriã teve a generosidade de retribuir a minha disponibilidade relutante com a aceitação do repto que lhe lancei para que fosse a comentadora. Estou-lhe, por isso, muito grato. Agradeço ainda a António Cortês, Fernando Sá, Pedro Múrias e Rui Pinto Duarte as conversas que temos tido ao longo dos anos sobre matérias tratadas neste texto. À cautela, chamo a atenção do leitor para o facto de que este não é um escrito pedagógico, visando ensinar a matéria do abuso do direito, mas uma reflexão crítica que pressupõe alguma familiaridade com a sabedoria convencional sobre o tema. As traduções de passagens em línguas estrangeiras são da minha responsabilidade.

¹ Sobre as origens, v. CORDEIRO (1983), pp. 711-8.

através de outras disposições legais e construções dogmáticas, entre as quais avultam a boa fé objectiva e a tutela da confiança.²

Esta união peculiar de forma francesa com substância germânica é interessante e reveladora, em pelo menos dois planos distintos. Em primeiro lugar, corrobora uma velha máxima de direito comparado: da comparação cuidada entre sistemas jurídicos resulta que regras ou figuras diferentes podem desempenhar as mesmas funções ou prosseguir fins idênticos e regras ou figuras idênticas podem desempenhar funções diferentes ou prosseguir fins diversos.³ O comparatista sábio não se fia em semelhanças e diferenças superficiais, procurando-as no subsolo cultural da terminologia legal, da retórica judicial e das construções doutrinárias.⁴ No caso do abuso do direito, o que parece, num exame superficial, constituir o transplante legal de um instituto emblemático do direito francês, ainda que inteiramente de fonte jurisprudencial e doutrinária, em boa verdade é sintomático da germanização do nosso direito civil. De resto, dos três parâmetros de exercício abusivo enunciados no artigo 334.º – boa fé, bons costumes e fim económico e social –, só o primeiro tem tido ampla repercussão nas sentenças dos tribunais e recebido tratamento dogmático aprofundado, sob manifesta influência da doutrina alemã.⁵ Por outro lado, o terceiro, o que mais se aproxima de uma das concepções originárias da figura na doutrina francesa, é bruscamente marginalizado pela maior referência doutrinária portuguesa neste domínio como «construção historicamente situada», da qual nada mais pode restar do que o apelo «a uma interpretação melhorada das normas, que dê valor à dimensão teleológica», a qual «[n]ão exige a ideia de abuso».⁶ Em suma, o abuso do direito tem, entre nós, sentido ou vocação funcional largamente idênticos ao da cláusula geral da boa fé no direito civil alemão, aplicada ao universo amplíssimo dos direitos subjectivos, ou mesmo das situações jurídicas activas.⁷

² «Um desenvolvimento técnico insuficiente – escreveu CORDEIRO (1983), pp. 704-5 – perdeu, em França, o abuso do direito. Na Alemanha, factores técnicos submergiram-no. Recorde-se que, além-Reno, o abuso foi reconduzido à boa fé, na sequência de uma evolução.»

³ ZWEIGERT/KÖTZ (1992), pp. 31 ss.

⁴ SACCO/ROSSI (2019), pp. 55 ss.

⁵ CORDEIRO (2008), pp. 145 ss.

⁶ CORDEIRO (2008), p. 128.

⁷ CORDEIRO (2008), pp. 128-29, considera mesmo que é dispensável a «presença de um direito subjectivo», dando como exemplo o caso «do devedor que, invocando o

Em segundo lugar, o modo peculiar como o nosso direito recebeu esta figura é revelador de que a mesma é, no plano da dogmática jurídica, uma inanidade (*nonsense*), no sentido de que não tem nenhum referente semântico – um estado de coisas, quer isto dizer, que descreva ou prescreva.⁸ Após um século de busca fracassada, pode bem dizer-se que nada há que seja «o» abuso do direito, no sentido dogmático de uma regra ou critério único, ainda que de grande generalidade, que liga certo facto a determinadas consequências jurídicas.⁹ Com efeito, não há nenhum critério comum de abuso nos vários sistemas que acolhem a figura, nem mesmo um denominador comum nos casos típicos de abuso reconhecidos no nosso sistema; sendo isto verdade no que diz respeito aos parâmetros enunciados no artigo 334.º, torna-se ainda mais evidente quando se considera a heterogeneidade das situações de exercício abusivo que têm resultado do diálogo entre a jurisprudência e a doutrina.¹⁰ O *venire contra factum proprium* e a inalegabilidade formal, por exemplo, não são concretizações do conceito denotado pela expressão «abuso do direito», da mesma forma que a responsabilidade civil e a gestão de negócios não são concretizações do conceito denotado pela expressão «fontes das obrigações» ou que o homicídio qualificado e o abuso de confiança não são concretizações do conceito denotado pela expressão «tipos penais».¹¹ Antes é correcto dizer-se que, mediante estes termos técnicos, agregamos certos factos e efeitos jurídicos, com manifesto ganho de abstracção e parcimónia expositiva.¹² Daí que, em rigor, o abuso do direito não deva ser considerado um instituto ou regime jurídico, mas

artigo 777.º/1, *in fine*, [do Código Civil], se apresenta a cumprir, na residência do credor, às quatro da manhã». A observação desconsidera que a disposição invocada confere ao devedor uma situação jurídica activa: a liberdade de se exonerar a todo o tempo. Falar de uma liberdade de acção, *hoc sensu*, é dizer o mesmo que «não ter um dever» – neste âmbito, não ter o dever de cumprir a obrigação de certo modo específico e no momento determinado pelo credor. Sobre as liberdades (*privileges*) como situações activas, v. W. N. HOHFELD (1964), pp. 38-50.

⁸ No sentido, algo datado, mas útil neste contexto, em que estes termos são usados por ROSS (1957), pp. 813, 820.

⁹ Sobre a procura do critério do abuso do direito, v. ABREU (1983), pp. 14 ss.

¹⁰ Por todos, v. CORDEIRO (2008), pp. 140 ss.

¹¹ Sobre a distinção entre conceitos classificatórios e operativos no mundo do direito, v. KENNEDY (2006), pp. 20-25, 243-51.

¹² Sobre os conceitos jurídicos como ferramentas de exposição, v. ROSS (1959), pp. 170-75.

um conjunto de construções ou regimes cuja nota comum é limitarem os direitos subjectivos ou o respectivo exercício.¹³

A par desta inanidade dogmática do abuso do direito enquanto tal – e não, como é bom de ver, das várias construções ou regimes que lhe são geralmente reconduzidos –, constata-se a sua extraordinária relevância metodológica. Não se trata agora de procurar nesta figura critérios jurídicos para a decisão de casos concretos, mas de nela se discernir um paradigma do modo jurídico de decidir casos concretos – da forma de raciocinar, argumentar e ajuizar própria do jurista. O abuso do direito surge-nos, nesta dimensão, como «um problema metodológico-normativo de realização (ou de “aplicação”) concreta do direito, e não um problema dogmático da determinação do conteúdo jurídico (...)», revelador de «[u]ma juridicidade que deixou de medir-se por uma validade lógico-ideal de fundamento apenas legal, para se medir por uma validade jurídica concreta de fundamento axiológico-normativo».¹⁴ O que a figura do abuso do direito revela, de modo específico e eloquente, é a tensão e síntese, característica do discurso jurídico em geral, entre os universos deontológico e axiológico da racionalidade prática ou entre a preempção e a ponderação como formas típicas e indispensáveis de usar razões no mundo do direito. No que aos direitos subjectivos diz respeito, trata-se de reconhecer que estes «agrega[m] em si, a par de uma estrutura formal, uma estrutura material, de cariz axiológico, correspondente ao respectivo fundamento (...)».¹⁵ Para se compreender esta asserção e as suas implicações, no entanto, é imprescindível reconstituir o itinerário intelectual desta figura misteriosa e desconcertante na tradição jurídica romano-germânica.

2. Antecedentes históricos

A expressão «abuso de direito» foi cunhada pelo jurista belga François Laurent (1810-87) para se referir aos casos em que o titular de um direito o exerce com o propósito único de prejudicar outrem.¹⁶ Numa sentença proferida em 1855, que veio a tornar-se famosa décadas mais tarde, o Tribunal de Apelação de Colmar decidiu que o proprietário de um

¹³ Neste sentido, v. ASCENSÃO (2006), pp. 619 ss.; CORTÈS (2010), pp. 306-7.

¹⁴ NEVES (1967), p. 528.

¹⁵ SEQUEIRA (2023), p. 664.

¹⁶ LAURENT (1878), vol. 20, § 411.

imóvel não podia construir uma chaminé falsa e inútil com a exclusiva finalidade de obstruir a vista do vizinho. Numa passagem da decisão regularmente citada e comentada, lê-se que, «em princípio, o direito de propriedade é de alguma forma absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa; porém, o exercício deste direito, como de qualquer outro, deve ter como limite a satisfação de um interesse sério e legítimo, e os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma acção inspirada pela malevolência, cometida sob o domínio de uma paixão maligna, não determinada pela utilidade pessoal e provocando grave prejuízo a outrem».¹⁷ A mesma orientação foi seguida num outro caso famoso, decidido já no primeiro quartel do século passado, em que os tribunais julgaram ilícita a conduta de um proprietário que instalou espigões de ferro no seu prédio com a finalidade de destruir os balões dirigíveis do vizinho.¹⁸

Apesar de estas decisões não terem apoio algum no texto do Código de Napoleão, situavam-se numa tradição doutrinária antiga.¹⁹ O grande jurista francês Jean Domat (1625-96), um dos cultores do humanismo jurídico e fonte de inspiração dos codificadores, havia escrito na sua obra maior que o proprietário de um prédio não pode usá-lo com o propósito único de prejudicar o vizinho.²⁰ Alguns autores oitocentistas reconduziam esta noção, em termos algo duvidosos, a um fragmento do Digesto em que se dizia que o proprietário de uma fracção pode fazer fumo que incomoda o vizinho de cima ou despejar substâncias que incomodam o vizinho de baixo, desde que a sua finalidade não seja a de lhes causar prejuízo.²¹ Os juristas franceses referiam-se a actos desta natureza através da locução latina *aemulatio*, usada noutro fragmento justinianeu que tinha por objecto uma matéria inteiramente diversa, o que hoje se designa pela expressão *jus aedificandi*: o proprietário pode construir uma estrutura nova no seu prédio, sem que para isso careça de uma licença imperial, desde que não tenha como propósito emular outra cidade ou albergar material sedicioso, e desde que a construção não seja um circo, um teatro ou um anfiteatro.²² Como o verbo emular significa «rivalizar», é de supor que a conotação desta com a inveja terá

¹⁷ *Recueil Dalloz* 1856, II, pp. 9-10.

¹⁸ *Recueil Dalloz* 1917, I, pp. 79 ss.

¹⁹ GORDLEY (2011), pp. 33-34.

²⁰ DOMAT (1713), II-8, § 3.

²¹ D 47.10.44.

²² D 50.10.3.

inspirado a designação «acto emulativo» para o uso da propriedade com a intenção de prejudicar o vizinho e, mediante uma operação analógica, o princípio mais geral de que o titular de um direito não pode exercê-lo com o propósito exclusivo de causar dano a outrem.

Uma parte da doutrina alemã da mesma época acolhia uma ideia semelhante sob a designação de «proibição da chicana», a qual veio a ser consagrada no § 226 do BGB, nos termos do qual «o exercício de um direito não é permitido se o único fim possível for o de causar prejuízo a outrem». Esta disposição, como a noção francesa equivalente, nunca teve, pelo seu âmbito de aplicação muito estreito, relevância prática significativa. Mas como o direito romano vigorou na generalidade dos territórios germânicos até muito mais tarde do que no lado ocidental do Reno, em virtude da codificação tardia do direito civil, discutia-se ainda a aplicabilidade no domínio do exercício de direitos de uma figura obscura do direito romano, que os juristas na tradição do *jus commune* denominaram *exceptio doli generalis* – uma espécie ampla e residual de excepção peremptória.²³ A excepção por dolo surgia como uma condição negativa na fórmula que o *praetor* dirigia ao *iudex*; o seu teor era o de que a acção deveria ser julgada procedente se o autor não tivesse agido com dolo antes ou no momento de propor a acção.²⁴ Os comentadores medievais e modernos discriminaram aqui duas formas de dolo: o dolo especial, que viciava a formação da pretensão que o autor queria fazer valer em juízo; e o dolo geral, que atingia a própria acção, operando como uma autorização para o juiz negar uma pretensão que tivesse por iníqua.²⁵ Em terminologia contemporânea, o dolo especial correspondia a uma concepção embrionária dos vícios da vontade na formação do negócio jurídico²⁶, ao passo que o dolo geral correspondia à antiga ideia aristotélica de que o rigor da lei – a justiça geral – teria de ser temperado pela equidade – a justiça do caso.²⁷ A *exceptio doli generalis* não era, pois, nenhum instituto jurídico ou construção dogmática, antes um meio processual para acolher uma certa visão sobre o modo de administrar a justiça.²⁸ O § 242 do BGB, que vincula o devedor à boa fé no

²³ GORDLEY (2011), pp. 34-36.

²⁴ KASER (1992), pp. 201-2.

²⁵ KASER (1992), pp. 454-55.

²⁶ CORDEIRO (2008), pp. 131-2.

²⁷ ARISTÓTELES (2006), 1137a31-1138a1.

²⁸ GORDLEY (2011), p. 36.

cumprimento das obrigações, pode ter-se como um afloramento parcial dessa ideia de generalidade máxima.

A teoria do abuso do direito nasceu em França, no primeiro quartel do século passado, como um dos frutos mais maduros da crítica «social» do direito privado clássico.²⁹ Os partidários da figura afirmaram que decisões como a do Tribunal de Apelação de Colmar insinuavam uma concepção do direito subjectivo diversa daquela que o individualismo e formalismo característicos do pensamento jurídico de Oitocentos havia gerado. Este concebia o direito privado segundo o arquétipo kantiano da «coexistência de arbítrios» conforme a uma «lei universal de liberdade».³⁰ «A coexistência de entes livres – escreveu o maior dos privatistas clássicos, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) –, para que permaneça em moldes cooperativos, em vez de conflituais, é possível somente através do reconhecimento de um perímetro invisível no interior do qual a existência e actividade de cada indivíduo adquire um espaço de liberdade e de segurança. A regra que determina esses espaços de liberdade individual e os respectivos limites é o próprio direito.»³¹ Assim, prosseguia, «[c]ada relação jurídica concreta surge-nos como uma relação entre pessoas determinada por uma regra jurídica. Esta determinação pela regra jurídica consiste na atribuição de um domínio à vontade individual em que esta governa com independência da vontade de terceiro».³² Estas passagens traduzem a primeira exposição sistemática da «teoria da vontade», nos termos da qual o direito subjectivo, por constituir o domínio do arbítrio individual, não conhece outro limite que não o do seu conteúdo formal, ou seja, o que decorre do próprio conteúdo da norma legal ou do negócio jurídico com base no qual se constitui.³³ Na esfera do seu direito, o respectivo titular pode, por isso, agir como bem entender, sem ter de prestar contas a ninguém; na versão tecnicamente refinada de Bernhard Windscheid (1817-92), o mais destacado entre os pandectistas alemães de finais de Oitocentos, o direito subjectivo é um poder da vontade do respectivo titular, que se traduz na possibilidade de este exercer, em maior ou menor medida, controlo sobre o dever correlativo – v.g., exigindo em nome próprio a sua observância, accionando os meios de tutela em

²⁹ Sobre o assunto, com desenvolvimento, v. RIBEIRO (2019), pp. 172 ss.

³⁰ KANT (2011), p. 43.

³¹ SAVIGNY (1840), pp. 331-32.

³² *Id.*

³³ Sobre o assunto, v. RIBEIRO (2020), pp. 1014 ss.

caso de violação e eximindo ou aliviando a posição do sujeito passivo.³⁴ Os juristas clássicos moderavam esta concepção absolutista dos direitos com duas concessões importantes.³⁵ Em primeiro lugar, muitos admitiam que o limite da insindicabilidade do exercício dos direitos era constituído pela proibição da chicana, uma vez que a razão de ser da existência dos direitos era possibilitar a autodeterminação individual, o que significava que as sentenças francesas sobre chaminés inúteis e espigões de ferro se situavam ainda no quadro da doutrina clássica.³⁶ Em segundo lugar, reconheciam a necessidade de se limitarem os direitos, sobretudo em domínios como o das relações de vizinhança, para prevenir colisões inevitáveis e harmonizar exercícios incompatíveis, embora sublinhassem que se tratava apenas, nesses casos, de comprimir, em princípio por via estritamente legal, a esfera de liberdade do titular do direito, sem prejuízo para a onipotência deste no domínio assim devidamente contraído.³⁷

Estas concessões não satisfaziam os juristas que promoveram a crítica social da doutrina clássica. Os precursores dessa crítica, como Rudolf von Jhering (1818-1892) e Otto von Gierke (1841-1921), tinham já dado passos importantes nesse sentido.³⁸ O primeiro, em especial, tinha formulado no terceiro quartel do séc. XIX uma crítica da teoria da vontade que ficou conhecida como a teoria do interesse, afim da concepção do direito subjectivo como «benefício» proposta pelo utilitarista inglês Jeremy Bentham (1747-1832).³⁹ Segundo Jhering, o direito subjectivo não pode ser um «poder da vontade», por duas ordens de razão: porque há titulares de direitos incapazes de os exercerem e porque os direitos são atribuídos tendo em vista um fim. O direito subjectivo é, assim, um «interesse legalmente protegido» ou o interesse que justifica a existência do dever correlativo.⁴⁰ A vontade é apenas o instrumento de que o titular ou o seu representante se serve para a prossecução do interesse merecedor da tutela do direito, abrindo-se um espaço – ininteligível para a doutrina clássica – entre a dimensão formal ou deontológica e a dimensão material

³⁴ WINDSCHEID (1887), § 37, pp. 97-101. A concepção do direito subjectivo como liberdade de escolha sobre o dever de outrem foi aprimorada décadas mais tarde por HART (1982) e HART (1984).

³⁵ GORDLEY (2011), pp. 37-39.

³⁶ Neste sentido, v.g., LAURENT (1875), vol. 6, § 411.

³⁷ Neste sentido, v.g., WINDSCHEID (1887), § 169.

³⁸ GIERKE (1943), pp. 10 ss.; JHERING (1871), pp. 326 ss.

³⁹ BENTHAM (1970), pp. 57-58.

⁴⁰ JHERING (1871), p. 327.

ou teleológica dos direitos; aquela existe em função desta ou tendo em vista a sua realização. Os primeiros teóricos do abuso do direito, como o francês Louis Josserand (1868-1941), inspiraram-se assumidamente nesta definição de Jhering.⁴¹ Na introdução da monografia em que tratou do tema do abuso do direito com maior profundidade, uma obra inserida numa série de «ensaios de teleologia jurídica», Josserand escreve que «[t]al como existe um espírito das leis e, em termos mais gerais, um espírito do direito considerado objectivamente e no seu conjunto, devemos admitir a existência de um espírito dos direitos inerente a toda a prerrogativa subjectiva, considerada isoladamente; e [devemos ainda admitir] que, tal como a lei não deve ser aplicada contra o seu espírito (...), os nossos direitos não se podem exercer em contravenção e com desprezo pela sua missão social (...).»⁴² A grande questão que se colocava era a de saber o que vinha a ser o «espírito dos direitos» ou a sua «missão social», o suposto critério de discriminação entre o exercício «funcional» ou «legítimo» e o exercício «abusivo» ou «ilegítimo» das prerrogativas ou faculdades que integram o conteúdo formal do direito subjectivo.⁴³ Em suma, tratava-se do *problema do critério* do abuso do direito.

3. A controvérsia doutrinária

O problema consumiu a doutrina de língua francesa da época, na qual se perfilaram três grandes posições: o exercício legítimo, o limite moral e a função social. A primeira foi defendida por Josserand e estava de acordo com as ideias gerais dos privatistas que se bateram pela «socialização» do direito privado e pela renovação teleológica da metodologia jurídica, como Raymond Saleilles (1855-1912), François GénY (1861-1959) e René Demogue (1872-1938).⁴⁴ Para estes juristas, a concepção clássica do direito privado como ordem de coexistência de arbítrios, na qual se situava a teoria da vontade como essência do direito subjectivo, repousava em pressupostos sociais que tinham sido ultrapassados pela transição de uma vida comercial de pequenos produtores em centros urbanos inseridos num sistema económico largamente agrário para um

⁴¹ JOSSERAND (1939), p. 388.

⁴² JOSSERAND (1939), pp. 10-11.

⁴³ Para uma síntese das doutrinas clássicas sobre o abuso do direito, v. SÁ (1973), pp. 285 ss.

⁴⁴ SALEILLES (1890); GÉNY (1919); DEMOGUE (1924).

capitalismo industrializado, urbanizado, proletarizado e monopolista.⁴⁵ Numa sociedade deste tipo, caracterizada pela interdependência e conflitualidade, os direitos não podiam ser concebidos como esferas de arbítrio individual, exteriormente limitadas pelas exceções da proibição da malícia e da colisão de direitos.⁴⁶ Tinham de ser compreendidos como partes integrantes de uma grande síntese de interesses ou harmonia social; os direitos concediam ao respectivo titular certos poderes, faculdades ou prerrogativas tendo em vista essa finalidade, de tal forma que o exercício daquelas desligado ou balizado desta teria de ser tomado como disfuncional ou ilegítimo.

Na construção de Jossierand, havia três categorias de direitos subjectivos, correspondentes a três formas de servir a função primária da harmonia social: não-causais, altruísticos e egoísticos.⁴⁷ Os direitos não-causais, muito raros e de âmbito reduzido, eram um resquício da concepção clássica do direito subjectivo como domínio absoluto da vontade, justificado pelos custos sociais de sindicatizar comportamentos pessoalíssimos ou devassar a intimidade individual; supõe-se que integrariam esta categoria, assim concebida, por exemplo, a liberdade de não trabalhar ou o direito de sufrágio activo. Os direitos altruístas, no extremo oposto, eram os direitos concedidos tendo em vista o interesse de terceiro, geralmente com base na expectativa de que o titular do direito, por inclinação natural ou dever estatutário, os prosseguisse espontaneamente; nesta categoria deveriam integrar-se o direito dos pais a educarem os filhos ou o direito dos advogados ao sigilo profissional. A construção do abuso do direito era inaplicável aos direitos integrados nestas categorias, ainda que por razões opostas: no primeiro caso, porque o exercício do direito não admitia limites ou escrutínio de espécie alguma; no segundo, porque o exercício do direito contrário ao fim a que se destinava consubstanciaria a violação de um dever formal. Era em relação aos direitos egoísticos, por fim, os quais constituíam a grande massa dos direitos subjectivos, desde a propriedade privada e a autonomia negocial à liberdade de expressão e ao acesso aos tribunais, que se justificava, em certos casos, falar de abuso do direito.⁴⁸

⁴⁵ RIBEIRO (2019), pp. 181 ss.

⁴⁶ RIBEIRO (2019), pp. 219 ss.

⁴⁷ JOSSERAND (1939), pp. 414 ss.

⁴⁸ Sigo de perto RIBEIRO (2019), 221-23.

Para Josserand, «sempre que [o titular] exerce um direito [egoístico], actua como indivíduo movido pelo egoísmo, mas [ao fazê-lo] usa uma prerrogativa social que deve ser usada num sentido social, de acordo com o espírito da instituição em causa». ⁴⁹ Numa leitura pouco caridosa, passagens como esta – e são muitas ao longo da obra – traduzem uma completa instrumentalização ou funcionalização do direito subjectivo, de tal forma que a própria distinção entre direitos altruísticos ou poderes funcionais e direitos egoísticos ou propriamente subjectivos perde a sua razão de ser. Mas não é isso que Josserand pretende, como o conjunto da obra e a tripartição de direitos evidenciam. «Temos somente que reconhecer – escreve o nosso autor – que o elemento social que coexiste em todo o direito com o elemento individual tende a expandir-se em detrimento deste; mas o elemento individual subsiste, sendo o erro pensar o contrário, pois se assim não fosse destruir-se-ia a personalidade individual, a qual seria absorvida pela grande totalidade social.» ⁵⁰ A sua tese é a de que os direitos egoísticos têm fundamentos individuais e colectivos, a que correspondem uma função subjectiva de tutela dos interesses do titular e uma função objectiva de salvaguarda da instituição em que o direito se inscreve. Estes fundamentos e funções têm saliência variável, consoante a natureza do direito em causa e o grau de desenvolvimento da vida social. No direito de propriedade, o fundamento colectivo e a função objectiva teriam maior importância do que nos direitos de crédito, sobretudo os de fonte contratual, pela simples razão de que a apropriação de recursos escassos e a eficácia real dos direitos têm implicações sociais tendencialmente superiores a um negócio de prestações entre particulares. Porém, numa economia cada vez mais desmaterializada, em que as relações contratuais tendem a padronizar-se e o incumprimento generalizado de dívidas representa um risco social, os direitos de crédito assumem uma função objectiva outrora insignificante. Os direitos egoísticos, pois, concedem ao respectivo titular uma esfera para a realização dos seus interesses, mas são limitados pelo imperativo de uma harmonia geral de interesses, em que todos são tratados pelo direito objectivo como iguais ⁵¹; o direito de propriedade plena, por exemplo, não poderia ser exercido de um modo irreconciliável com os fundamentos da propriedade privada como instituição, nomeadamente a sua vinculação – em diferentes graus,

⁴⁹ JOSSERAND (1939), p. 12.

⁵⁰ JOSSERAND (1939), p. 329.

⁵¹ GÉNY (1919), II, p. 226.

consoante o tipo de bem em causa – a determinados interesses públicos. Só assim se garantiria que o sistema de direitos não degenerasse num sistema de privilégios.⁵² Ora, segundo esta construção, o exercício de um direito egoístico contrário ao fim social ou função objectiva de harmonia de interesses constitui precisamente o abuso – um exercício ilegítimo do direito, porque impertinente ao fundamento material da sua atribuição.⁵³

A esta teoria do exercício legítimo, que ocupou uma posição intermédia no debate sobre o problema do abuso do direito, opuseram-se, quer os partidários da teoria do limite moral, quer os partidários da teoria da função social. Alguns juristas de inclinação mais conservadora, como Marcel Planiol (1855-1912), Georges Ripert (1880-1958) e Jean Dabin (1889-1971), apontaram que decisões como a do Tribunal de Apelação de Colmar nada tinham de original; a novidade estava na doutrina que, tomando-as como sintomáticas de uma nova concepção, propunha a funcionalização do direito subjectivo – a vinculação do seu exercício a interesses colectivos e a submissão do seu conteúdo ao arbítrio judicial.⁵⁴ Para estes autores, a vocação do direito subjectivo é a de servir o seu titular, o que implica que este possa exercê-lo à medida da sua conveniência pessoal, sem interferência ou escrutínio de terceiros, nomeadamente os tribunais. Os direitos não são – reconheciam – absolutos, admitindo-se que tenham por limite inequívoco a proibição dos actos emulativos ou mesmo, numa concepção mais generosa, uma regra de exercício conforme ao mínimo moral.⁵⁵ Este limite sempre havia sido garantido pelos tribunais e reconhecido pela doutrina, mas a sua intervenção era por natureza pontual, ao contrário de construções como a de Josserand, que promoviam uma descaracterização da subjectividade dos direitos, ao sujeitarem o seu exercício a um amplo e vago critério de «legitimidade».⁵⁶ Num passo célebre na história intelectual da figura, Planiol foi mais longe e escreveu que a expressão «abuso do direito» era absurda – uma «logomaquia» –, pois a conduta do titular lesiva de terceiro apenas se poderia situar aquém ou além dos limites do seu direito; no primeiro caso, seria perfeitamente lícita, pois constituiria o exercício de um direito, ao passo que no segundo seria ilícita, por não estar justificada por um direito. Assim, não haveria

⁵² SALEILLES (1904), p. 115.

⁵³ JOSSERAND (1939), pp. 312-23.

⁵⁴ PLANIOL/RIPERT (1930), pp. 573 ss.; RIPERT (1949), pp. 157 ss.; DABIN (1952), pp. 268 ss.

⁵⁵ RIPERT (1949), pp. 164-67.

⁵⁶ DABIN (1952), pp. 289-92.

nenhum espaço lógico entre ter e não ter um direito, o que mostrava a verdadeira face da figura do abuso do direito como equívoco dogmático e doutrina ideológica.⁵⁷ A crítica ignorava, com doses semelhantes de ingenuidade e sagacidade, que o problema do abuso se situava numa zona de descontinuidade entre a dimensão formal e material do direito subjectivo – entre a aparência do direito e a sua realidade substancial⁵⁸ –, para a qual a teoria clássica, que Planiol procurava de algum modo reabilitar, não tinha arrumação segura.⁵⁹

No pólo oposto ao ocupado pela teoria do limite moral encontrava-se a teoria da função social. O seu mais destacado representante de língua francesa foi Léon Duguit (1859-1928), o chefe de fila do positivismo sociológico, para quem a figura do abuso do direito procurava uma reconciliação impossível entre a noção metafísica e individualista (adjectivos pejorativos) de direito subjectivo e a noção realista e solidarista (adjectivos laudatórios) de função social.⁶⁰ Os direitos, segundo Duguit, são reificações de relações sociais que obscurecem a natureza instrumental ou funcional de toda a ordem jurídica. Não há nenhum fundamento individual ou função subjectiva nos direitos; os direitos egoísticos de que falava Jossierand mais não seriam do que o modo pelo qual o direito objectivo, num estágio prematuro da evolução social, se serve da ganância e do videirismo do titular do direito para promover o interesse geral, da mesma forma que os direitos altruísticos se serviam de paixões como o amor e a honra com a mesma finalidade.⁶¹ Na verdade, todo o direito privado serviria o interesse colectivo, não se distinguindo do direito público pela função ou fim, mas apenas pelo modo ou forma. Só que – adiantava este pensador, sob influência do positivismo de Auguste Comte (1798-1857) e do funcionalismo de Émile Durkheim (1858-1917) – nas condições sociais do seu tempo, caracterizado pelo apogeu da complexidade e interdependência, insinuava-se a transição de uma era metafísica de objectos fictícios e conceitos etéreos para uma era positiva de objectos materiais e conceitos científicos; o conceito de direito subjectivo teria, assim, esgotado as suas virtualidades como instrumento de progresso, estando condenado a ser superado pela plena consciência,

⁵⁷ PLANIOL/RIPERT (1930), p. 574.

⁵⁸ Assim, *v.g.*, NEVES (1967), pp. 522-24; CARVALHO (2012), pp. 117-19; SEQUEIRA (2023), pp. 668-69.

⁵⁹ Neste sentido, *v.* NEVES (1967), pp. 514 ss.

⁶⁰ DUGUIT (1912), pp. 196-202.

⁶¹ DUGUIT (1901), pp. 140 ss., 577 ss.

desde logo pelos juristas, da função social de todo o direito.⁶² A figura do abuso do direito, embora intrinsecamente contraditória, constituía um rito de passagem entre as duas eras – uma construção transitória entre o individualismo dos direitos e o solidarismo das funções. Numa conferência famosa, proferida em Buenos Aires, Duguit chegou a dizer que «temos hoje a plena noção de que o indivíduo não é um fim, mas um meio, nada mais do que uma peça nessa vasta maquinaria que é o corpo social, e que nenhum de nós tem outra razão para viver no mundo que não seja a de desempenhar o seu papel no trabalho social».⁶³

4. A recepção germânica

A figura do abuso do direito, forjada nos tribunais e sobretudo nas escolas de direito francófonas no primeiro quartel do século passado, foi recebida pela doutrina alemã através de uma monografia do civilista Wolfgang Siebert (1905-59), publicada em 1934.⁶⁴ Siebert foi um destacado representante do denominado movimento de renovação jurídica alemã (*deutsche Rechtserneuerung*), que concentrou na Universidade de Kiel, na década de 30 do século passado, um conjunto de professores de direito afectos ao regime nacional-socialista, como Karl Michaelis (1900-2001), Karl Larenz (1903-93), Ernst-Rudolf Huber (1903-90) e Georg Dahm (1904-63).⁶⁵ Jurista culto e politicamente empenhado, Siebert leu com atenção a obra de Josserand e descobriu nas ideias, mais ou menos vagas, mas altamente sugestivas, de que o direito subjectivo é atribuído tendo em vista um fim, que o exercício do direito contrário a esse fim é ilegítimo e que os direitos ditos egoísticos têm uma missão social, uma passadeira estendida para a transfiguração do direito subjectivo, tal como era concebido pela dogmática germânica de Oitocentos, numa noção

⁶² Para uma recuperação recente deste ponto de vista quanto ao direito de propriedade, ainda que sem consciência alguma do pensamento de Duguit ou de toda a vasta tradição jurídica precedente, nomeadamente o debate que as teses funcionalistas geraram, v. CRUFT (2019), pp. 231-49.

⁶³ DUGUIT (1912), p. 157.

⁶⁴ SIEBERT (1934). Uma síntese sobre a «essência do abuso do direito» – v. SIEBERT (1935) – foi publicada no ano seguinte, numa obra colectiva dos juristas de Kiel, precisamente dedicada a «questões fundamentais da nova ciência jurídica». É contemporânea da monografia de Siebert a dissertação de RÜDY (1934), se bem que não tenha tido impacto comparável. Sobre o abuso do direito na doutrina germânica dos anos 30, v. EICHENHOFER (2019), pp. 113 ss.

⁶⁵ RÜTHERS (1968); LA TORRE (1988).

pretensamente nova, que veio a designar como «autorização de camaradagem» (*volksgenössische Berechtigung*).⁶⁶ Ao proceder desta forma, mais do que aprimorar o abuso do direito, usou a figura como veículo para uma reinterpretação radicalmente colectivista do direito privado, com evidentes afinidades com a doutrina de Duguit. Só que aí onde o autor francês, ao dissertar sobre funções sociais, trabalho social e realidade social, professava uma fé incondicional no catecismo positivista, Siebert atribuía a estas noções conotações abertamente etnocêntricas, organicistas e transpersonalistas, escrevendo que «[a] penetração dos direitos formais com conteúdo ético-jurídico e ético-social está não apenas de acordo com o pensamento jurídico germânico, como é indispensável para evitar uma ordenação jurídica estranha ao povo [alemão] e para o desenvolvimento de uma mundividência jurídica unificada».⁶⁷

A monografia de Siebert formulou a dicotomia, que décadas mais tarde veio a fazer escola na dogmática dos direitos fundamentais, entre a teoria externa (*Außentheorie*) e a teoria interna (*Innentheorie*) dos direitos.⁶⁸ A teoria clássica, apontava este autor, concebia os direitos como domínios absolutos da vontade ou esferas de arbítrio individual, que apenas podiam ser limitadas, sempre com o carácter de excepção, pela imposição exterior de deveres. Ao fazê-lo, esta concepção pressupunha um pensamento dualista (*Trennungsdenken*) entre a esfera privada e o interesse público, que se consumava na oposição entre a norma permissiva em que se fundava o direito e a norma injuntiva que o comprimia.⁶⁹ Pelo contrário, a teoria moderna, através da construção do abuso do direito, insinuava uma compreensão unitária, nos termos da qual as exigências comunitárias são constitutivas do próprio direito, que outorga ao titular certas prerrogativas ou poderes de modo a que este possa, no domínio de vida da comunidade em que o direito se inscreve, cumprir o papel social que lhe está destinado.⁷⁰ Por isso, o conteúdo dos direitos, ainda que a sua natureza formal fosse idêntica, variaria consoante a qualidade do titular e o contexto da sua actuação, os elementos com base nos quais se poderia discernir o seu substrato funcional; em rigor, deixaria de haver «direito de propriedade» ou «direito de crédito», por exemplo,

⁶⁶ SIEBERT (1935), pp. 201-2.

⁶⁷ SIEBERT (1934), pp. 155-56.

⁶⁸ SIEBERT (1934), pp. 85 ss.

⁶⁹ SIEBERT (1935), p. 201.

⁷⁰ SIEBERT (1935), p. 202.

para haver direitos do camponês, do patriarca, do comerciante, do soldado ou do trabalhador, calibrados de acordo com a sua missão no organismo nacional. A relatividade teleológica dos direitos de que falava Josserand – a circunstância de serem atribuídos tendo em vista certas finalidades que convergem para um horizonte de harmonia social – é aqui elevada a uma nova potência. «Esta relatividade – declarava Siebert – (...) tem como consequência que a preterição da “função social” do direito, a sua utilização contrária aos fins comunitários, não está protegida pelo conteúdo do direito, representando uma transgressão do mesmo.»⁷¹ O exercício dos direitos deixava de estar vinculado somente a um interesse legítimo, para se tornar um serviço comunitário e um dever jurídico: todos os direitos seriam, em bom rigor, de natureza altruística ou poderes funcionais.⁷²

A necessidade de uma figura como o abuso do direito resultava, de acordo com esta doutrina, da abstracção e do individualismo característicos do direito civil, das quais decorria a discrepância entre o nível da legalidade – a aparência de licitude gerada pela conformidade legal da conduta – e o nível da juridicidade – a verdadeira licitude consubstanciada na actuação da pessoa conforme ao seu dever de camaradagem. Para corrigir este desnível (*Rechtsüberschreitung*), era indispensável a intervenção do juiz, mediante a concretização de cláusulas gerais como a boa fé e os bons costumes; estas operariam como portas de entrada do espírito comunitário na arquitectura formal do sistema pandectista. Siebert via nas sentenças francesas sobre o exercício malicioso do direito de propriedade e sobretudo na jurisprudência alemã que sancionava como ilícito o exercício de um direito após um período injustificadamente prolongado (*Verwirkung*) uma manifestação tímida, mas inexorável, da capitulação da concepção clássica perante a força orgânica do espírito popular rejuvenescido pelo nacional-socialismo. O exercício dos direitos

⁷¹ SIEBERT (1935), p. 203.

⁷² «Para o fascismo – escreveu MUSSOLINI (1932) – o mundo não é este mundo material que surge na superfície, em que o homem é um indivíduo separado dos demais, governado por uma lei natural que o impele instintivamente a viver uma vida de prazer egoísta e instantâneo. O homem do fascismo é nação e pátria, uma lei moral que une os indivíduos e as gerações numa tradição e numa missão, que suprime o instinto de uma vida encerrada nos limites estreitos do prazer, para realizar através do dever uma vida superior, livre dos limites do espaço e do tempo; uma vida na qual o indivíduo, em virtude da sua abnegação, do sacrifícios dos seus interesses particulares, e, se necessário for, através da sua própria morte, realiza aquela existência totalmente espiritual em que se consubstancia o seu valor humano.»

de acordo com a boa fé e os bons costumes implicava muito mais do que uma restrição ética exterior ao próprio direito, exigindo a sua reconfiguração como outorga ou autorização vinculada a um dever de serviço.⁷³ Acresce que a insegurança jurídica para o titular gerada pela amplitude do papel do juiz na determinação do conteúdo do direito não passaria de uma ilusão da teoria externa, que não via o direito para além da norma e ignorava que o camarada – ao contrário do estrangeiro, do traidor e do judeu –, não se orienta pelo teor das leis e dos negócios, como objectos exteriores à sua personalidade, mas pelo sentimento jurídico partilhado com o juiz na comunhão espiritual do povo.⁷⁴ A relatividade, flexibilidade e funcionalidade dos direitos, culminando na sua metamorfose em autorizações de camaradagem, prometiam, assim, a realização de uma segurança jurídica mais perfeita e autêntica do que a garantida pelo princípio da legalidade.⁷⁵

A construção de Siebert foi recebida com grande entusiasmo e remodelada num sentido ainda mais radical por Karl Larenz, também ele, nessa época, um jovem professor de direito civil em Kiel embriagado pelo fanatismo ideológico reinante. Numa monografia tão criativa quanto ignóbil, publicada em 1935 – e, entretanto, largamente esquecida –, Larenz nega que a personalidade jurídica se adquira pelo facto do nascimento, escrevendo que «o membro da comunidade jurídica é apenas aquele que é membro da comunidade popular; membro da comunidade popular é o que tem sangue alemão».⁷⁶ Para que o alemão de sangue – o camarada popular – possa cumprir o seu papel na comunidade, adquire certas posições jurídicas (*Rechtsstellungen*), cujo conteúdo se traduz em poderes (*Befugnisse*) de exercício vinculado; a capacidade jurídica admite, pois, graus variados, consoante a abrangência da função do sujeito na vida colectiva.⁷⁷ Para Larenz, a posição jurídica, ao contrário do direito subjectivo, não confere ao seu titular uma esfera de liberdade ou um poder da vontade, nem sequer um interesse protegido, antes um instrumento para que cumpra o seu dever de camaradagem.⁷⁸ O abuso do direito consistiria precisamente na violação desse dever que fundamenta a posição jurídica e opera como o seu limite imanente, sem prejuízo de

⁷³ SIEBERT (1935), p. 211.

⁷⁴ SIEBERT (1934), pp. 165-66.

⁷⁵ SCHMITT (2006), pp. 10-20.

⁷⁶ LARENZ (1935), p. 241.

⁷⁷ LARENZ (1935), pp. 241 ss.

⁷⁸ Sobre o assunto, com grande desenvolvimento, v. LA TORRE (1988), IV.3-7.

essa vinculação ser de adstringência variável, consoante se tratasse de um papel social relativamente estático (como o de proprietário rural), em que a vontade do sujeito é insignificante, ou dinâmico (como o de credor contratual), em que a comunidade beneficia da liberdade negocial. A dignidade, por fim, não seria nem a qualidade do portador de um estatuto elevado – o antigo sentido aristocrático da expressão –, nem uma qualidade inerente ao ser humano – o sentido igualitário contemporâneo; antes seria a qualidade adquirida pelo membro da comunidade de sangue que, independentemente da origem ou posição social, desempenha com abnegação a tarefa que lhe foi cometida – uma concepção simultaneamente meritocrática e discriminatória.⁷⁹

5. A desintegração dogmática

O denominador comum a quase todas as construções do abuso do direito nas primeiras décadas do século passado é a de terem constituído, segundo a nomenclatura introduzida por Siebert, «teorias internas», combinando uma concepção teleológica dos direitos – os direitos como meios para a realização de fins – com a noção de que é a descontinuidade entre a forma ou aparência e a substância ou realidade do direito subjectivo, ou entre o «espírito» e a «letra» dos direitos, que explica a possibilidade do exercício abusivo e opera como critério de controlo judicial.⁸⁰ Está claro que, quanto ao problema de saber quais os fins subjacentes aos direitos, prevalecia na doutrina um dissenso com forte carga ideológica, ocupando um amplo espectro que ia desde a noção relativamente individualista de que o direito subjectivo protege determinados interesses atendíveis, por norma do próprio titular do direito, até ao colectivismo radical dos que viam nos direitos uma forma de viabilizar e proteger a observância dos deveres que o respectivo titular tinha como membro da comunidade. A divergência compreendia-se no quadro de um movimento geral de socialização, nos termos do qual a ideia de fim social constituía a chave dogmática e metódica de um direito privado renovado.⁸¹ No

⁷⁹ Sobre o assunto, v. WHITMAN (2004), pp. 1180-89.

⁸⁰ No sentido de que se abusa de um direito «quando numa certa e determinada situação concreta se coloca essa estrutura ao serviço de um valor diverso ou oposto do fundamento axiológico que lhe está imanente ou que lhe é interno. Nesta aparência da estrutura que finge objectivamente o direito é que está, afinal, o abuso do direito», v. SÁ (1973), pp. 456 ss.

⁸¹ O pioneiro desta concepção foi JHERING (1877), pp. 83 ss.

plano dogmático, através de grandes princípios em que se cristalizavam os fins de cada regime ou sector do direito civil, como o «equilíbrio contratual», a «propriedade social» e a «compensação pelo risco».⁸² No plano metódico, mediante a valorização do elemento teleológico da interpretação e operações como a redução teleológica e a integração de lacunas ocultas, que permitiam a harmonização dos regimes com as finalidades subjacentes.⁸³ O abuso do direito foi uma figura emblemática deste momento da cultura jurídica contemporânea.⁸⁴

Em meados do século passado, os chavões sociais da «harmonia», da «finalidade» e da «função» tinham perdido quase toda a idoneidade moral, credibilidade intelectual e prestígio ideológico. Nas décadas anteriores, movimentos do pensamento jurídico como o realismo norte-americano, a jurisprudência dos interesses e o positivismo normativista tinham, ainda que com premissas e intuítos bem diversos, salientado que os regimes jurídicos não são instrumentos de fins unitários, mas o resultado da ponderação de «considerações conflitantes».⁸⁵ Nos Estados Unidos da América, Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) observou precocemente que «[p]or detrás da forma lógica [das sentenças judiciais] encontra-se um juízo sobre o valor e a importância relativa de fundamentos legislativos concorrentes (...). (...) [As] questões [jurídicas] são, na verdade, campos de batalha, em que os meios não obedecem a determinações duradoiras e a decisão não pode consubstanciar mais do que a preferência de quem decide num certo tempo e lugar».⁸⁶ Em França, René Demogue declarou que «[o]s elementos contraditórios amiúde encontrados nos problemas [jurídicos] com que nos deparamos tornam uma solução perfeitamente satisfatória geralmente impossível, atirando-nos para um regime de concessão ou compromisso, que não se afasta de forma ostensiva e excessiva de nenhum dos princípios [conflitantes]. Embora não derivado de um único princípio absoluto, este é o único [tipo] de regime possível, ainda que seja, pela sua exposição à crítica, muito frágil».⁸⁷ Na Alemanha, Philipp Heck (1858-1943) asseverou que «[a] verdade fundamental de

⁸² RIBEIRO (2019), pp. 197-212.

⁸³ RIBEIRO (2019), pp. 209-15.

⁸⁴ RIBEIRO (2019), pp. 224-25.

⁸⁵ KENNEDY (2000), pp. 104-15.

⁸⁶ HOLMES JR. (1897), p. 988.

⁸⁷ DEMOGUE (1911), p. 394.

que devemos partir é a de que cada comando jurídico compõe um conflito de interesses: procede de um conflito entre interesses contrários e representa, por assim dizer, o resultado desse conflito. (...) Se examinarmos apenas o fim do direito, vemos somente o interesse que prevaleceu. Mas o conteúdo concreto da regra jurídica, o grau em que o seu fim se realiza, depende também do peso dos interesses preteridos». ⁸⁸ Finalmente, Hans Kelsen (1881-1973) escreveu que «[t]oda a “decisão” decide um conflito de interesses, a favor de uma ou outra das partes, ou através de uma mediação. (...) Mas não se consegue ver isto quando o conflito de interesses é camuflado pela ficção de um interesse geral ou de uma unidade de interesses, uma unidade que se supõe ser essencialmente diferente e maior do que uma mera composição de interesses». ⁸⁹ Em todos estes autores, a música celestial da harmonia social é substituída pelo ruído político do pluralismo e do compromisso. ⁹⁰ Com a conversão humanista e democrática do pós-guerra, esta concepção conflitualista do direito tornou-se naturalmente dominante. ⁹¹

Em matéria de direito subjectivo e abuso do direito, a ruptura paradigmática abriu caminho a uma reabilitação parcial da teoria externa. Tal como os regimes jurídicos em geral, os direitos subjectivos resultam da ponderação de razões de sentido contrário, nomeadamente interesses individuais ou colectivos. Com efeito, a existência de um direito sobre determinado objecto pressupõe o juízo de que as razões para impor o dever correlativo prevalecem sobre as razões de sentido contrário. ⁹² Tal juízo pode situar-se num patamar mais ou menos remoto em relação ao direito subjectivo concretamente constituído. Assim, o direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio tem por fundamento imediato o juízo de que as razões para que todos os cidadãos gozem de liberdade de expressão – entre as

⁸⁸ HECK (1932), pp. 35-36.

⁸⁹ KELSEN (2010), p. 1553.

⁹⁰ Numa série de aforismas que condenam o Estado como o «novo ídolo» e celebram a singularidade do indivíduo, NIETZSCHE (1998), pp. 49-51, escreve: «Estado? Que é isso? (...) Estado é como se chama o mais frio de todos os monstros frios. É também com frieza que ele mente e da sua boca sai a mentira: “Eu, Estado, sou o povo.” (...) Para grandes almas, ainda é possível uma vida livre. (...) Só onde acaba o Estado começa o homem que não é supérfluo: aí começa o canto necessário, a melodia única e insubstituível».

⁹¹ RIBEIRO (2019), pp. 238 ss.

⁹² RAZ (1986), p. 166.

quais se destacam a autonomia pessoal, o esclarecimento público e a legitimidade democrática – prevalecem sobre as razões para a censura de opiniões, como a promoção da tranquilidade pública e a protecção de sentimentos colectivos. Pelo contrário, o direito de crédito ao pagamento de certa quantia a título de obrigação validamente acordada ou de indemnização por responsabilidade civil não se baseia na comparação directa do interesse do credor com o do devedor, mas no juízo de que as razões para a existência de um regime de vinculatividade das promessas ou de responsabilidade civil prevalecem sobre as razões de sentido contrário, como as que justificariam a regra segundo a qual o devedor pode eximir-se da obrigação de indemnizar a vítima ou de cumprir o contrato se demonstrar que a prestação lhe custa mais do que o benefício dela extraído pelo credor. Mas as ponderações em causa nestes exemplos explicam ainda os limites exteriores destes direitos, aqueles domínios contíguos em que prevalecem as razões para a sua não atribuição: a título de exemplo, considere-se que a liberdade de expressão não contempla a difamação e a injúria ou que o direito do credor contratual cede em caso de alteração anormal das circunstâncias. O direito subjectivo, como sublinha a teoria interna, é atribuído por conta de certas razões ou fins, sem deixar de ser delimitado, como a teoria externa põe em evidência, por razões ou fins concorrentes. Ambas as teorias têm um fundo importante de verdade.

No quadro deste paradigma conflitualista, em que o substrato dos direitos é constituído por ponderações, o problema do abuso do direito pode surgir do ponto de vista interno, quando a questão é a de saber se o titular do direito não lhe dá um uso contrário ao fim para que foi atribuído, ou de um ponto de vista externo, quando a questão é de saber se o modo de exercício do direito não constitui um sacrifício excessivo de outros fins atendíveis. Este carácter híbrido da figura – como mecanismo de correcção de disfuncionalidades e desproporcionalidades – só por si inviabiliza o projecto doutrinário de se encontrar «o» critério do abuso, de formular uma regra ou padrão de valoração uniforme, por contraposição a um esquema dualista, compreendendo uma dogmática do abuso interno e outra do abuso externo. Só que a pluralidade quase infindável de razões legítimas para a atribuição de certos direitos e a pluralidade quase inesgotável de razões legítimas de sentido contrário tem uma repercussão bem mais destrutiva na unidade dogmática da figura: o critério do abuso são as razões do direito (que proscvem a disfuncionalidade) e contra o direito (que proscvem a desproporcionalidade), o que redundna na fórmula vazia de que o abuso é o exercício inadmissível, injustificado

ou ilegítimo do direito, consideradas todas as razões atendíveis no caso concreto.⁹³

A desintegração dogmática é visível no tratamento doutrinário da figura nas últimas décadas, em que a busca por uma teoria geral é substituída por um elenco de «comportamentos típicos abusivos» – v.g., o *venire*, a inalegabilidade, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque* –, situados num nível de abstracção intermédio da cláusula geral e do caso concreto, tipos esses que convivem com categorias residuais de orientação casuística, como o «exercício em desequilíbrio» e o «abuso de instituto».⁹⁴ O abuso do direito não é o critério de decisão ou padrão de valoração subjacente a estes tipos, mas a designação que lhes é atribuída – a soma dos casos típicos e das categorias residuais. Nem sequer se pode dizer que o abuso do direito é a agregação do fim do direito, dos bons costumes e da boa fé – concebidos como três institutos ou regimes distintos, unidos pelo efeito limitativo dos direitos subjectivos –, porque a relação dos casos típicos com esses conceitos é muito ténue ou mesmo nula. Estes operam, em boa verdade, não como os padrões de valoração que os tipos de casos concretizam, mas como ganchos em que estes são pendurados, por razões de conveniência expositiva e preservação das aparências. Basta atentar em que a construção mais abstracta e formidável que se obteve neste domínio – a tutela da confiança legítima⁹⁵ –, na qual se podem enquadrar alguns (se bem que apenas alguns) dos casos-padrão de abuso, só por estipulação doutrinária se pode dizer relevar da exigência de boa fé.⁹⁶ E o preço a pagar por essa estipulação é que a expressão «boa fé» perde a sua referência semântica a deveres de honestidade e lealdade, passando a constituir uma designação técnica para o conjunto dos «comportamentos abusivos» – exactamente o mesmo, como é bom de ver,

⁹³ O critério proposto por ABREU (1983), p. 43, aproxima-se dessa fórmula: «Há abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem». Note-se, em todo o caso, que este enunciado não pode ser admitido precisamente naquilo em que contém verdadeiros critérios. Exemplificando: alguns direitos subjectivos não servem interesses pessoais; muitos direitos subjectivos não servem apenas interesses pessoais; nem sempre os fundamentos dos direitos são interesses; nem sempre os valores que justificam a compressão de direitos são interesses. Purgado destes elementos, o critério proposto redundaria num não-critério.

⁹⁴ CORDEIRO (2008), pp. 144 ss.; SEQUEIRA (2022), pp. 201-2.

⁹⁵ Sobre esta, na doutrina portuguesa, por todos, v. CORDEIRO (1983), pp. 1224 ss.

⁹⁶ SEQUEIRA (2023), pp. 671-73.

que «abuso do direito»⁹⁷ –, uma função que podia ser desempenhada, com igual virtuosismo, pelas expressões «tû-tû» ou «queijo velho».⁹⁸

6. Um paradigma metodológico

Não obstante a sua inanidade dogmática, a figura do abuso do direito é de extraordinária relevância metodológica, pois constitui um domínio privilegiado da tensão, característica do pensamento jurídico, entre a norma e o caso, a legalidade e a equidade, a racionalidade deontológica das regras e a racionalidade axiológica dos juízos – enfim, entre a preempção e a ponderação como modos simultaneamente contrários e essenciais do raciocínio e da argumentação no mundo do direito.⁹⁹ Como se lê numa monografia dedicada aos fundamentos da decisão jurisdicional, «a utilização que tem sido feita da figura do abuso de direito demonstra que essa figura mais não tem sido do que um “nome” para dar expressão, não apenas a diversos institutos e figuras jurídicas, mas a todos os princípios do [d]ireito que permitem legitimar uma decisão *contra legem* ainda que *secundum ius*».¹⁰⁰ Com efeito, embora o abuso do direito não seja um *critério jurídico* para resolver problemas, é um paradigma do *modo jurídico* de resolver problemas – a descoberta do direito entre a lei e a justiça.

Para bem se compreender a relevância metodológica do abuso do direito, é conveniente começar por ilustrar a tensão entre a norma e o caso através de uma hipótese clássica que envolve, não um direito subjectivo, mas uma proibição objectiva. Imagine-se uma disposição válida segundo a qual «não é permitido o acesso de veículos em jardins públicos».¹⁰¹ Considerem-se agora os seguintes casos: no primeiro, uma pessoa portadora de deficiência motora acede a um jardim público numa cadeira de rodas motorizada; no segundo, o pai de uma criança que tem um ataque de asma em pleno jardim público usa o seu automóvel para a recolher e conduzir ao hospital. Começando pelo primeiro, talvez se

⁹⁷ Em sentido próximo, com vasto apoio bibliográfico, v. SÁ (2023), pp. 427-32 (n. 1613).

⁹⁸ ROSS (1957), pp. 823, 825.

⁹⁹ «[O] problema do “abuso do direito” – sublinha NEVES (1967), p. 528 – [é] um problema metodológico-normativo de realização (ou de “aplicação”) concreta do direito, e não um problema dogmático da determinação do conteúdo jurídico *positum* (...)»

¹⁰⁰ CORTÊS (2010), pp. 307-8.

¹⁰¹ Com a devida vénia a HART (1958), p. 607.

possa suscitar a dúvida de saber se uma cadeira de rodas motorizada é um «veículo» – apesar de ser difícil, do ponto de vista estritamente semântico, concluir no sentido negativo; mas suponho que seja pacífico, partindo-se do princípio de que inexitem outros elementos de interpretação que depõem em sentido contrário, que a disposição não deve ser aplicada neste caso. Atentos os fundamentos mais razoáveis e legítimos da proibição – a ausência de ruído e poluição nos jardins públicos e a neutralização do risco de atropelamentos –, impõe-se com naturalidade a conclusão de que o caso da pessoa portadora de deficiência motora numa cadeira de rodas motorizada extravasa a sua finalidade. Não é líquido se a operação metódica mediante a qual se alcança este resultado deva ser caracterizada como «interpretação restritiva» ou «redução teleológica», perante a conhecida dificuldade em definir a fronteira entre ambas¹⁰², mas é inegável que as razões em que se funda são «internas», no sentido em que se prendem com os próprios fundamentos ou finalidades desta. Assim é porque a não aplicação da disposição neste primeiro caso não implica sacrifício algum dos valores que a norma se destina a salvar, antes constituindo uma decisão tomada por conta ou em razão desses mesmos valores.

Vejam agora o segundo caso. A acção do pai que entra de automóvel no jardim público para recolher o filho em perigo põe em causa os fins da proibição, uma vez que produz ruído e poluição e gera um risco – um risco agravado, dada a aflicção do momento e a urgência da medida – de que se dê um acidente. Só que é evidente que, nessas circunstâncias, as razões da proibição cedem perante as razões da acção ou que os valores que a norma protege são suplantados pelos valores promovidos através da infracção. Na verdade, neste segundo caso, parecem estar reunidos os pressupostos do estado ou direito de necessidade, o que implica que o agente se pode valer de uma derrogação expressa da norma proibitiva – a sua conduta, por se verificarem os requisitos pertinentes, beneficia de uma causa de justificação, tornando-se dessa forma lícita. Tal regime limita-se, bem vistas as coisas, a concretizar em domínios de facto caracterizados pelo perigo de lesão de bens merecedores de tutela jurídica a ideia mais geral de que a norma cede perante razões de sentido contrário quando o peso destas seja tal que a aplicação daquela redundasse numa evidente desproporção. Ao contrário do que sucede no primeiro caso, em que a disposição é afastada por conta das razões que se supõe constituírem o

¹⁰² Sobre o assunto, v. LARENZ (1997), pp. 556-57.

seu fundamento ou finalidade, neste segundo caso, as razões decisivas são «externas», estranhas ao fim da norma. Ao recusar a aplicação da norma no caso concreto, o aplicador do direito reabre a ponderação levada a cabo pelo autor da norma, ainda que o faça a título de exceção – não para pôr em causa a proporcionalidade da proibição do acesso de veículos a jardins públicos, mas a proporcionalidade da sua aplicação a uma classe restrita de casos que integram o seu âmbito de aplicação. O juiz do caso não diz que «a proibição de acesso é geralmente injusta», antes que «a proibição de acesso é injusta nestas circunstâncias».¹⁰³

Note-se ainda que, em ambos os casos, a derrogação da norma não se basta com a ponderação, no caso concreto, dos fins que prossegue ou das razões contrárias. É necessária uma especial evidência de que a norma não deve ser aplicada no caso concreto, reflectida numa presunção a favor da aplicação da norma e num consequente ónus de ilisão da mesma. Esta exigência prende-se com o facto de a vigência da norma modificar o universo das razões atendíveis por quem é chamado a aplicar o direito, acrescentando-lhe, nomeadamente, razões de segurança jurídica, legitimidade política, adequação funcional e igualdade formal que, em maior ou menor medida, tendem a ser sacrificadas por juízos teleológicos e de proporcionalidade.¹⁰⁴ No caso da proibição de veículos em jardins públicos, basta considerar, entre múltiplos factores relevantes, a expectativa dos utentes de desfrutarem desses espaços em condições da mais perfeita serenidade e segurança, a relevância de o autor da norma ter um título particular para realizar e exprimir as ponderações relevantes, o perigo de que as idiosincrasias dos julgadores ponham em causa a igualdade entre os destinatários, bem como a possibilidade de que uma compreensão deficiente da disposição frustre a suas verdadeiras finalidades. O direito do caso situa-se, pois, num ponto mediador entre o legal e o justo: a norma tem força preemptiva própria, mas não exclui toda a ponderação.

O que vale para as normas em geral, vale igualmente para as que atribuem direitos, por colocarem um sujeito na posição de poder exigir em nome próprio ou através de um representante a observância de um ou mais deveres. Por um lado, os direitos subjectivos têm força preemptiva

¹⁰³ Os dois tipos de casos considerados correspondem largamente aos casos de «correção», por um lado, e de «preterição e superação», por outro, que NEVES (1993), pp. 188 ss., distingue a propósito do que denomina «interpretação conforme os princípios».

¹⁰⁴ RIBEIRO (2015), pp. 36-40.

própria, que se manifesta no facto de os deveres correlativos serem geralmente exigíveis pelo titular do direito ou o seu representante; por regra, a invocação de um direito validamente constituído ao qual se não oponha outro direito validamente constituído é uma razão conclusiva para a respectiva satisfação.¹⁰⁵ Por outro lado, os direitos subjectivos podem, em situações de excepção, ceder perante razões teleológicas ou concorrentes, as primeiras sob a forma do argumento de que determinado exercício do direito excede manifestamente os fundamentos da sua atribuição e as segundas sob a forma do argumento de que determinado exercício do direito gera manifestamente uma desproporção de valores.¹⁰⁶ É esse o sentido do abuso do direito: uma cláusula de derrogação excepcional dos direitos, por razões de funcionalidade ou proporcionalidade, mediante a qual se opera, num domínio abrangente, a mediação entre a dimensão preemptiva ou deontológica e a dimensão equitativa ou axiológica do jurídico. Os direitos subjectivos não são, pois, nem absolutos – insusceptíveis de abuso –, nem relativos – vinculados a funções; são estruturas deontológicas que comunicam residualmente com o mundo axiológico. Em suma, ter um direito é ter uma razão *prima facie* preemptiva, por norma resistente a ponderações, mas que pode ceder em situações excepcionais.

Estamos agora em condições de concluir que o artigo 334.º do Código Civil, correctamente interpretado, nos diz as seguintes três coisas: em primeiro lugar, que o exercício de um direito pode ser ilegítimo – o que significa que o exercício de um direito não é uma garantia de licitude da acção; em segundo lugar, que o exercício só é ilegítimo em caso manifesto – o que significa que a derrogação do direito é uma realidade excepcional; em terceiro lugar, que as pautas valorativas da legitimidade são a boa fé, os bons costumes e o fim social ou económico do direito – o que significa, bem vistas as coisas, tendo em conta a enorme amplitude e elasticidade destes conceitos no discurso dos juristas, que todos os valores pertinentes ao sistema jurídico, destacando-se os que têm ressonância constitucional, podem entrar na determinação do abuso do direito.¹⁰⁷ Por seu turno, os casos típicos de comportamento abusivo

¹⁰⁵ MÚRIAS (2023), pp. 317-18, 356-60, 483-89.

¹⁰⁶ RAZ (1986), pp. 184 ss.

¹⁰⁷ Em bom rigor, a decisão de consagrar esta figura na lei não constitui uma opção de direito civil substantivo, antes uma tomada de posição do legislador em matéria metodológica, de relevo e alcance duvidosos, como as que constam dos artigos 8.º a 10.º do Código Civil. Não é por estar na lei ou nos termos da lei que o abuso do direito tem força jurídica; a sua validade é, por assim dizer, transcendental – uma condição

mais não são do que reconstruções dogmáticas da prática jurisprudencial de derrogação de direitos subjectivos, uma actividade intelectual semelhante ao processo de articulação, na tradição jurídica anglo-americana, das *rationes* e *doctrines* geradas pela actividade jurisdicional.¹⁰⁸ O abuso do direito constitui, pois, um paradigma de uma metodologia jurídica que recusa a redução da juridicidade simultaneamente à legalidade – a um direito em que só as normas decidem os casos – e à equidade – a um direito em que só os casos constituem as normas.

7. Abuso do direito fundamental

A figura do abuso do direito é aplicável aos direitos fundamentais? A questão mereceu uma «resposta claramente negativa» num escrito recente em que o tema foi tratado – o que é raríssimo na doutrina – com algum desenvolvimento.¹⁰⁹ Foram dados dois argumentos principais nesse sentido, um relativo ao abuso «externo», o outro ao «interno». Por um lado, «se se sujeitasse o conteúdo ou o exercício de um direito fundamental ao disposto no artigo 334.º – aos parâmetros da boa fé ou aos bons costumes –, seria a figura do abuso do direito, com a sua heterogeneidade interna, que se sobreporia ao regime dos direitos fundamentais[, pelo que] seria este a comandar as operações hermenêuticas e de aplicação das normas de direitos fundamentais, dizendo quan[d]o e em que termos é que os efeitos destas poderiam ou não produzir-se legitimamente, isto é, de forma não abusiva».¹¹⁰ Por outro lado, «a generalidade dos direitos fundamentais não terá (...) um único fim justificativo da sua presença no catálogo constitucional, mesmo considerando apenas um dado momento histórico. (...) A razão é simples: os direitos fundamentais são, por definição, direitos abertos. (...) Em última análise, o fim mais importante de um direito fundamental é aquele que o seu próprio titular lhe quer dar, desde que o seu desenvolvimento não ponha em causa outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».¹¹¹

de validade dos próprios direitos subjectivos que se destina a limitar. Neste sentido, v. NEVES (1967), pp. 528-30.

¹⁰⁸ Não admira, por isso, que dois dos mais destacados críticos de uma metodologia legalista na tradição jurídica romano-germânica, ESSER (1956) e FIKENTSCHER (1975), tenham dedicado grande atenção ao *judge-made law* anglo-americano.

¹⁰⁹ SILVA (2023), pp. 1363 ss.

¹¹⁰ SILVA (2023), pp. 1367-68.

¹¹¹ SILVA (2023), pp. 1368-71.

Não obstante serem sugestivos, estes argumentos não procedem.

O primeiro parte do pressuposto de que a limitação dos direitos fundamentais pela figura do abuso do direito corresponderia a uma submissão do direito constitucional ao direito civil, nomeadamente aos «conceitos perigosos» da boa fé e dos bons costumes. Porém, a admissibilidade do abuso do direito fundamental não resultaria da aplicação aos direitos fundamentais do artigo 334.º do Código Civil, antes da ideia metodológica que esta disposição aflora: a necessidade residual de corrigir disfuncionalidades e desproporcionalidades no exercício dos direitos.¹¹² Tal ideia não tem nenhuma relação essencial com o direito civil, como a não têm, de resto, os conceitos de função subjectiva e objectiva dos direitos subjectivos ou de uma teoria interna e externa dos limites aos direitos, ideias estas que provêm, como vimos, do debate doutrinário sobre o abuso do direito entre os privatistas da primeira metade do século passado, tendo-se convertido, entretanto, em moeda corrente na dogmática dos direitos fundamentais. Acresce que a boa fé e os bons costumes, correctamente compreendidos, não são critérios substanciais do abuso do direito, mas repositórios de valores jurídicos, para cuja determinação a ordem constitucional é, não apenas convocável, como o principal ponto de referência. Tenha-se em conta, a este respeito, que a tutela da confiança, como limite ao exercício de direitos, se funda no valor da segurança jurídica¹¹³, cuja pertinência constitucional é inequívoca, e que a tensão entre a confiança legítima e o direito subjectivo é arbitrada pelo princípio da proporcionalidade.

Ora, não há justificação para supor que, ao contrário dos direitos constituídos ao abrigo de normas de direito privado, os direitos fundamentais não possam ceder, em caso de manifesto desequilíbrio, perante razões legítimas de sentido contrário – razões essas que não podem deixar de ser, em última análise, «interesses constitucionalmente protegidos». Claro que isto não significa que os tipos de comportamento abusivo sedimentados na doutrina e jurisprudência civis sejam mecanicamente aplicáveis no universo dos direitos fundamentais; o que se aplica aqui é a ideia geral de equilíbrio ou de proporção. Imagine-se que a lei ordinária

¹¹² Como escreve NEVES (1967), p. 529, «o princípio normativo que o abuso do direito se propõe exprimir, e com ele outras intenções análogas (da “boa fé, dos “bons costumes”, etc.), outra coisa não são (...) do que aflorações dos princípios do “direito justo” – princípios que valem para além e com independência de toda a prescrição positiva (...).».

¹¹³ SEQUEIRA (2023), pp. 672-74.

era absolutamente omissa a respeito da tutela dos animais não humanos, dando-se o caso de um agente da autoridade deparar com uma pessoa a maltratar um cão vadio. Não poderia aquele intervir para fazer cessar os maus-tratos, com base no juízo de que se trataria de um abuso da liberdade geral de acção compreendida no direito ao livre desenvolvimento da personalidade? Ou considere-se o caso de um baterista que, sabendo que o vizinho tem convidados em casa para assistirem a um concerto dado por um quarteto de cordas, decide tocar ruidosamente o seu instrumento com o propósito único de estragar a festa. Seria inadmissível que um tribunal decidisse que abusou da liberdade de criação artística e o condenasse a pagar uma indemnização ao lesado?

Quanto ao segundo argumento, o que dele se pode extrair não é a inviabilidade de se ajuizar abusiva a invocação de um direito fundamental contrária ao respectivo fim – ou, o que é dizer o mesmo, ao seu fundamento –, mas a noção de que, atenta a relativa complexidade, indeterminação e pessoalidade do substrato material dos direitos fundamentais, são raros os casos em que essa contrariedade é manifesta ou evidente. É possível pensar, ainda assim, em algumas hipóteses. Considere-se, em primeiro lugar, o exemplo clássico do indivíduo que grita «Fogo!» numa sala de espetáculos cheia, causando comoção geral e danos avultados.¹¹⁴ Seria legítimo que, demandado pelos lesados numa acção de responsabilidade civil, o réu invocasse a liberdade de expressão para justificar a sua conduta? Pondere-se outro caso hipotético, este com raízes muito antigas e paralelo jurisprudencial recente.¹¹⁵ Papiniano propõe contra Modestino acção para o cumprimento de uma dívida de grande valor que tem a perfeita noção de que não existe, beneficiando de apoio judiciário por insuficiência de recursos. O tribunal de primeira instância julga a acção totalmente improcedente e condena o autor por litigância de má fé, com fundamento no carácter temerário da lide. Papiniano recorre da decisão, apenas na parte relativa ao pedido principal, transitando em julgado a sentença na parte em que o condena como litigante de má fé. Admitindo que a lei nada dispõe sobre a matéria, não deve o tribunal ordenar que

¹¹⁴ O exemplo – célebre – é tirado do acórdão *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), relatado por Oliver Wendell Holmes Jr.

¹¹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 348/2022. Já GAIO (2010), § 171, se referia àquelas «precauções que os primitivos juristas tomaram para que os homens não entrassem em litígio de ânimo leve; tal propósito foi sobretudo conseguido, umas vezes pela imposição de uma pena pecuniária ao aventureirismo tanto dos autores como dos demandados, outras graças ao temor respeitoso que o juramento inspira a uns e a outros».

seja interrompido o apoio judiciário, com o argumento de que o recorrente abusa do direito a não ser privado de acesso aos tribunais por carência de meios económicos?¹¹⁶

Vale a pena sublinhar que os direitos fundamentais não podem deixar de ter fundamentos materiais, sob pena de não ser possível explicar a sua importância ou justificar a sua existência, nem graduar a severidade das restrições legais que sobre eles incidem. Sendo inegável que a «liberdade de expressão serve fins diversos quando se exprime uma opinião religiosa ou quando um humorista profissional faz uma apresentação pública»¹¹⁷, não deixa de ser verdade que o valor da liberdade de expressão não é idêntico em todas as suas manifestações. Para dar um exemplo evidente, o discurso político é geralmente merecedor de uma protecção mais intensa do que o discurso comercial, precisamente porque um dos fundamentos da liberdade de expressão – a sua função democrática – aplica-se ao primeiro, mas não ao segundo. O conteúdo formal dos direitos fundamentais pouco ou nada nos diz sobre os valores que encarnam, mas o acesso a estes é indispensável, em maior ou menor medida, quando se trata de fazer juízos de ponderação. Em rigor, não são os direitos, enquanto estruturas deontológicas, que são sopesados ou ponderados quando é apreciada a proporcionalidade de uma restrição legal, mas as razões ou valores que lhes subjazem.¹¹⁸ Nada há de particularmente perigoso ou misterioso,

¹¹⁶ Como se lê no aresto citado na nota precedente: «Com efeito, partindo-se do pressuposto de que o litigante de má fé abusa do direito de ação ou de defesa num determinado processo, fazendo um uso indevido do sistema judicial – contrário ou estranho ao fim de tutelar direitos ou interesses legalmente protegidos –, é absurdo continuar a prestar-lhe um apoio destinado a “*assegurar que a ninguém seja dificultado ou impedido, em razão da sua condição social ou cultural, ou por insuficiência de meios económicos, o conhecimento, o exercício ou a defesa dos seus direitos*” (artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho). O Estado incorre em ostensiva contradição se, a respeito do mesmo sujeito num determinado processo, censurar o *abuso do direito* de acesso aos tribunais e continuar a *subsidiar o exercício* do mesmo. Se é certo que o inciso final do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição proíbe a *denegação da justiça* por insuficiência de meios económicos, não é menos verdade que dela não se pode retirar nenhum argumento contra a denegação do *abuso da justiça* – pelo contrário, a dimensão objetiva do direito a uma justiça célere e equitativa, consagrado no n.º 4 do artigo 20.º, implica que o Estado tenha o dever de prevenir e reprimir o recurso malicioso, temerário ou leviano aos tribunais» (itálicos no original).

¹¹⁷ SILVA (2023), p. 1368.

¹¹⁸ Não creio, assim, que se possa acompanhar a afirmação de ALEXY (1994), pp. 126-27, de que os planos axiológico e deontológico são intermutáveis.

pois, na ideia de que um direito fundamental possa ser invocado ou exercido contra as razões que justificam a sua existência – e que, sendo essa contrariedade manifesta, se deva ter a conduta do titular por abusiva.

O reconhecimento de que a figura do abuso de direito é aplicável aos direitos fundamentais não obsta a que se conceda que a sua relevância neste domínio é residual, sobretudo quando comparada com a que desempenha no direito civil. Assim é porque uma grande parte dos problemas que ela se destina a solucionar são resolvidos pelo direito constitucional num momento anterior, através do regime das restrições aos direitos fundamentais.¹¹⁹ Com efeito, ao contrário dos direitos constituídos ao abrigo de normas legais ou negócios jurídicos, os direitos fundamentais, pela amplitude dos objectos sobre os quais incidem e a pluralidade de funções que desempenham, têm uma tal propensão para entrarem em conflito com outros direitos fundamentais e interesses de estalão equivalente que são, num certo sentido, direitos provisórios ou incompletos, sob reserva de restrições que reduzam o seu âmbito efectivo.¹²⁰ Mesmo quando sejam directamente aplicáveis, por respeitarem a bens cujo gozo não depende da intervenção do poder público, os direitos fundamentais são regularmente comprimidos por legislação que se destina a salvaguardar outros valores ameaçados pelo seu exercício. Esta vocação colidente dos direitos fundamentais, ao reclamar a função arbitral do legislador, chamado a estabelecer uma concordância prática ou a impor sacrifícios proporcionais, sob a forma de leis gerais, abstractas, prospectivas, determinadas e calibradas, torna menos provável, por superficialmente paradoxal que isso possa parecer, a ocorrência de desequilíbrios no caso concreto, estreitando a margem para a invocação do abuso do direito na sua vertente «externa». Se a isto somarmos a liberalidade dos fundamentos destes direitos, que reduz a importância do abuso na sua vertente «interna», constatamos que o papel da figura neste domínio é necessariamente secundário. Não admira, por isso, que o interesse doutrinário na matéria seja muito escasso.

Há ainda factores culturais que explicam a negligência a que o tema do abuso do direito fundamental tem sido votado na literatura constitucional, entre os quais cabe destacar o distanciamento progressivo entre a dogmática do direito público e a do direito privado – com consequências

¹¹⁹ SILVA (2023), pp. 1366-67.

¹²⁰ Sobre a existência de uma «reserva geral imanente de ponderação» dos direitos fundamentais, v. NOVAIS (2017), pp. 569 ss.

perniciosas para ambas –, uma tendência de várias décadas que se inscreve no contexto mais alargado de uma especialização intradisciplinar intelectualmente empobrecedora. No caso português, impõe-se acrescentar a dependência do nosso meio académico em relação à doutrina estrangeira, sobretudo a germânica, no âmbito da qual a falência dogmática do abuso do direito, aliada ao facto de este não ter expressão legal, precipitou a decadência precoce da figura no direito civil, sem que fizesse muito sentido que os constitucionalistas se empenhassem em resgatar os salvados. De todo o modo, como o abuso do direito não é um regime jurídico, mas um paradigma metodológico, a designação está longe de ser indispensável. O valor da figura está em ser uma entre várias formas possíveis de transmitir a ideia de que os direitos, como de resto os deveres e a juridicidade em geral, residem numa região intermédia dos universos deontológico e axiológico ou que o direito do caso concreto se tem de descobrir entre a lei e a justiça. Por isso, até mesmo os direitos fundamentais, sem prejuízo da sua posição cimeira na ordem jurídica e da extensão das restrições legais que se lhes aplicam, admitem excepcionalmente limites casuísticos – aquela correcção da razão da norma pela razão do caso que é a essência mesma do direito justo.

Bibliografia

- ABREU, Jorge M. Coutinho de, *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1983.
- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Berlim, 1994.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, tradução e notas de António Castro Caeiro, 2.^a ed., Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, “O «Abuso do Direito» e o Artigo 334.º do Código Civil: Uma Recepção Transviada”, in MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano – no Centenário do seu Nascimento*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 607-631.
- BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General – Principles of Legislation*, University of London The Athlone Press, London, 1970.
- CARVALHO, Orlando de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- CORDEIRO, António Menezes, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1983.
- CORDEIRO, António Menezes, “Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas”, in Dias, Jorge de Figueiredo *et al.* (orgs), *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- CORTÊS, António, *Jurisprudência dos Princípios: Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

- CRUFT, Rowan, *Human Rights, Ownership, and the Individual*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- DABIN, Jean, *Le Droit Subjectif*, Dalloz, Paris, 1952.
- DEMOGUE, René, *Les Notions Fondamentales du Droit Privé – Essai Critique*, Arthur Rousseau, Paris, 1911.
- DEMOGUE, René, *Traité des Obligations en Général*, vol. 4, Arthur Rousseau, Paris, 1924.
- DOMAT, Jean, *Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel*, Pierre Debats, Nouvelle Edition, 1713.
- DUGUIT, Léon, *L'État, Le Droit Objectif et la Loi Positive*, Dalloz, Paris, 1901.
- DUGUIT, Léon, *Les Transformations Générales du Droit Privé*, F. Alcan, Paris, 1912.
- EICHENHOFER, Philipp, *Rechtsmissbrauch – Zu Geschichte und Theorie einer Figur des Europäischen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.
- ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1956.
- FIKENTSCHER, Wolfgang, *Methoden des Rechts*, vol. 2: *Anglo-Amerikanischer Rechtskreis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1975.
- GAIO, *Instituições*, tradução de J. A. Segurado e Campos, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2010.
- GÉNY, François, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif – Essai Critique*, 2 vols., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919.
- GIERKE, Otto von, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Vittorio Klostermann, Frankfurt-am-Main, 1943.
- GORDLEY, James, “The Abuse of Rights in the Civil Law Tradition”, in Rita de la Ferial/Stefan Vogenauer (eds.), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, 2011, pp. 33-48.
- HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harvard Law Review*, 1958, pp. 593-629.
- HART, H. L. A., “Legal Rights”, in *Essays on Bentham – Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1982, pp. 162-193.
- HART, H. L. A., “Are There Any Natural Rights?”, in WALDRON, Jeremy (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 77-90.
- HECK, Philipp, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1932.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Yale University Press, New Haven, 1964.
- HOLMES JR., Oliver Wendell, “The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review*, 1897, pp. 457-478.
- JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, IV, 2.^a ed., Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1871.
- JHERING, Rudolf von, *Zweck im Recht*, I, Breitkopf & Härtel, Wiesbaden, 1877.
- JOSSERAND, Louis, *De L'Esprit des Droits et de Leur Relativité: Théorie Dite de L'Abus des Droits*, 2.^a ed., Dalloz, Paris, 1939.

- KANT, Immanuel, *A Metafísica dos Costumes*, tradução, apresentação e notas de José Lamego, 2.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.
- KASER, Max, *Direito Privado Romano*, tradução de Samuel Rodrigues/Ferdinand Hämmerle, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1992.
- KELSEN, Hans, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, in KLETATSKY, H. R./MARCIC, R./SCHAMBECK, H. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule – Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Anfred Verdross*, II, Steiner Verlag, Estugarda, 2010.
- KENNEDY, Duncan, “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy”, 100 *Columbia Law Review*, 2001, pp. 94-175.
- KENNEDY, Duncan, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, Fairless Hills, 2006.
- LA TORRE, Massimo, *La Lotta Contra il Diritto Soggettivo: Karl Larenz e la Doutrina Giuridica Nazionalsocialista*, A. Giuffrè, Milão, 1988.
- LARENZ, Karl, “Rechtsperson und subjektives Recht – zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe”, in DAHM, G. et al., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker & Dünhaupt, Berlin, 1935, pp. 225-260.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamego, 3.^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.
- LAURENT, François, *Principes de Droit Civil Français*, vol. 6, 3.^a ed., Bruylant-Christophe & Comp., Bruxelas, 1875.
- LAURENT, François, *Principes de Droit Civil Français*, vol. 20, 3.^a ed., Bruylant-Christophe & Comp, Bruxelas, 1878.
- MÚRIAS, Pedro, *A Análise Axiológica do Direito Civil*, Gestlegal, Coimbra, 2023.
- MUSSOLINI, Benito, *La Dottrina del Fascismo*, Vallecchi Editore, Florença, 1932.
- NEVES, A. Castanheira, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito, ou O Problema Metodológico da Juridicidade*, I, Almedina, Coimbra, 1967.
- NEVES, A. Castanheira, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Assim Falava Zaratustra*, tradução de Paulo Osório de Castro, Relógio d’Água, Lisboa, 1998.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 3.^a ed., AAFDL Editora, Lisboa, 2017.
- PLANIOL, M./RIPERT, G., *Traité Pratique de Droit Civil Français*, vol. 6, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1930.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1986.
- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, “Judicial Activism and Fidelity to Law”, in COUTINHO, Luís Pereira et al. (eds.), *Judicial Activism – An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Springer, Heidelberg, 2015, pp. 31-46.
- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, *The Decline of Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2019.
- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, “A Revolução Constitucional Savigniana”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 46, 2020, pp. 995-1037.

- RIPERT, Georges, *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 4.^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949.
- ROSS, Alf, “Tü-Tü”, *Harvard Law Review*, n.º 70, 1957, pp. 812-825.
- ROSS, Alf, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1959.
- RÜDY, Hermann, *Der Rechtsmissbrauch*, Dissertation München, 1934.
- RÜTHERS, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Mohr, Tübingen, 1968.
- SÁ, Fernando A. Cunha de, *O Abuso do Direito*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1973.
- SÁ, Fernando Oliveira, *A Influência de Terceiros na Decisão de Contratar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023.
- SACCO, R./ROSSI, P., *Introduzione al Diritto Comparato*, 7.^a ed., UTET Giuridica, Turim, 2022.
- SALEILLES, Raymond, *Essai d'une Théorie Générale de l'Obligation d'Après le Projet de Code Civil Allemand*, F. Pichon, Paris, 1980.
- SALEILLES, Raymond, ‘Le Code Civil et la Méthode Historique’, in Société d’Études Législatives (ed.), *Le Code Civil, 1804-1904 – Livre du Centenaire*, Arthur Rousseau, Paris, 1904.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Veit und Comp., Leipzig, 1840.
- SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 3.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2006.
- SEQUEIRA, Elsa Vaz de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2022.
- SEQUEIRA (2023), Elsa Vaz de, “Breve Reflexão Sobre o Abuso do Direito”, in ALMEIDA, Mário Aroso de, et al., *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória Garcia*, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, pp. 659-684.
- SIEBERT, Wolfgang, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, N. G. Elwert, Marburg, 1934.
- SIEBERT, Wolfgang, “Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs: über die konkrete Gestaltung der Rechte”, in DAHM, G., et al., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Junker & Dünnhaupt, Berlin, 1935, pp. 189-224.
- SILVA, Jorge Pereira da, “Sobre as Inconstitucionalidades dos Contratos entre Sujeitos Privados”, in ALMEIDA, Mário Aroso de, et al., *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Maria da Glória Garcia*, vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2023, pp. 1343-74.
- WHITMAN, James Q., “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty”, *The Yale Law Journal*, nr. 113, 2004, pp. 1151-1221.
- WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 6.^a ed., Rütten & Loening, Frankfurt, 1887.
- ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, tradução de Tony Weir, Oxford University Press, Oxford, 1992.