

de fato (1), de execução da obrigação na moeda pactuada. O dispositivo tem também inteira aplicação à impossibilidade de direito, *impossibilidade legal*, criada pelo aludido Decreto n.º 23 501. Trata-se, apenas, de interpretação inteligente, *compreensível*, antes que *extensiva*, da normal legal. Se a impossibilidade legal não foi expressamente prevista no Código, isso se deve ao fato de a cláusula restritiva à pactuação em moeda estrangeira não existir até 1933, prevalecendo o regime da livre convenção monetária. Mas é evidente que, criada a *impossibilidade de direito*, deverá ser ela regida pelos mesmos princípios disciplinadores da *impossibilidade de fato* — o parágrafo 2.º do artigo 947 do Código Civil Brasileiro.

O ABUSO DE DIREITO NA RETOMADA DE IMÓVEIS POR LIVRE CONVENIÊNCIA DO LOCADOR

DIOGO DE FIGUEIREDO

Procurador do Estado da Guanabara

Presenciamos a evolução, nos gabinetes, do direito positivo. Uma vez mais, na clássica dissensão, parece que o espírito agudo de JHERING superou a visão de SAVIGNY: a evolução costumeira, tão considerada pela escola histórica, não tem explicações a oferecer diante das rápidas transformações que vêm experimentando os institutos jurídicos, principalmente neste nosso vertiginoso século vinte.

É considerando as finalidades que se vem plasmando a lei. A norma não surge como mero produto histórico, efeito de uma evolução darwiniana no campo jurídico, mas como resultado de uma consciente elaboração orientada para fins pré-determinados. Se, diante de valores como vida, honra, liberdade, pouco vem o direito disciplinar sem auscultar os costumes, outras condições de vida, como a propriedade, o trabalho, os institutos de direito obrigacional, são manipuladas racionalmente, segundo planos, e sujeitos a fins previamente estabelecidos. Esta atividade se desenrola predominantemente no silêncio dos gabinetes e menos, cada vez menos, nos plenários dos colegiados legislativos, quase nada devendo à evolução costumeira, à *opinio necessitatis* popular.

É que, como lembra GEORGES LANGROD, os parlamentos modernos estão perdendo o monopólio da legislação para remanescer com o monopólio da *política* legislativa. A imensa tarefa de governar demanda amplo lastro legislativo que as casas legiferantes não têm mais condições de suprir a contento, em oportunidades, qualidade e quantidade e, assim, a atividade criadora da norma cada vez mais se defere ao executivo, por seus órgãos técnicos, ficando o legislativo com o *contrôle*.

(1) Tais seriam, por exemplo, as hipóteses de estipulações salariais em moedas cujo curso viesse a ser, posteriormente, sustado.

As recentes transformações do direito público brasileiro, mormente no que diz respeito à iniciativa e elaboração das leis, à fixação de prazos para a votação das mensagens, deram ênfase à criação administrativa da norma legal material e, em consequência, profundas alterações se têm verificado no campo das *condições de vida* mais vulneráveis às injunções políticas e às tendências sócio-econômicas dominantes.

Em tema de direito de propriedade, a marcha acompassada em direção aos ideais de LÉON DUGUIT, entre nós afirmada na Constituição de 1946 (art. 147), seguida do estatuto inquilinário de 1950, a popularizada “Lei 1.300”, parecia irreversível. No Brasil, portanto, não obstante os exageros e absurdos que ensejava a Lei do Inquilinato, surgida como legislação de emergência, a consciência da função social da propriedade a pouco e pouco se impunha, a noção se difundia e o abuso de direito no exercício das retomadas teve lugar discreto, quase apagado.

O advento do novo estatuto do inquilinato de 1964 (Lei 4.494, de 25 de novembro de 1964), já em caráter definitivo e não como legislação de emergência, manteve as linhas mestras dos institutos, procurando corrigir as distorções que a prática de 14 anos evidenciara.

Até aqui, o preceito constitucional continuava respeitado e a marcha para o ideal da autêntica propriedade-função inobstada.

Foi quando, dentro de uma lei — por epígrafe destinada a criar condições de estímulo à indústria de construção civil — de n.º 4.864, de 29 de novembro de 1965, distinguiu-se “locação residencial” de “locação não-residencial”. Enquanto a locação residencial continuaria a reger-se pela Lei n. 4.494, de 25 de novembro de 1964, a locação para fins não-residenciais voltaria a subordinar-se ao Código Civil, excetuando-se as sujeitas ao regime especial do Decreto n.º 24.150, de 20 de abril de 1934.

Com isto, tornou-se letra morta o artigo 15 da Lei n.º 4.494, que estabelecia disposição de proteção a hospitais, unidades sanitárias, estabelecimentos de saúde e de ensino. A alteração legal fez regressar o instituto da locação de imóveis urbanos ao primeiro quartel do século, misturando, no mesmo cadinho, tôdas as formas de locação de fins não-residenciais.

As diferenças, fôssem gritantes, fôssem sutis, entre os variados fins de uma locação, deixaram de ser previstas pela nova lei;

o legislador, não obstante a diversificada gama em que se apresentam as hipóteses, deixou de tratar distintamente situações distintas.

Assim é que se chegou ao dilema que, corajosamente, tem o intérprete a enfrentar — porque é o aplicador que vai fazer face à realidade: ou, sob a inspiração do preceito constitucional, distingue aquelas situações especiais lançadas de roldão sob o rótulo “não-residenciais” ou, o que não é novo nem raro na história, sacrificará a justiça em nome do direito.

Como consequência imediata, assistimos ao impacto de ações de despejo em massa para desocupar prédios, locados a pessoas jurídicas de direito público, nos quais estão instaladas suas repartições e serviços, os mais diversos.

Sem falar no serviços de utilidade pública, que ensejariam, só eles, longas considerações, podemos facilmente depreender que transtornos, por vezes irremediáveis, poderá representar o despejo dos serviços públicos fundamentais. No âmbito estadual estão ameaçados centros de saúde, escolas, delegacias distritais, etc.

O locador, dentro da incrível faculdade que lhe foi repentinamente aberta, poderia, tranqüilamente, promover o despejo para, no dia seguinte à desocupação, relocar, por aluguer e condições a seu talante, muito embora não tivesse proveito algum! Teoricamente, até com prejuízo.

Enquanto a locação de um palacete *continua* resguardada pela Lei n.º 4.494, porque se trata de fins residenciais, a locação feita a uma escola, a um lactário, a uma creche, a um centro de saúde, antes sujeita a um tratamento *especial* dentro da própria Lei n.º 4.494 (art. 15), estaria agora irremediavelmente desprotegida.

Seria esta a *mens legis*?

O despejo de alguns centros de saúde, alguns hospitais e algumas escolas atenderia ao *estímulo* proclamado pela epígrafe da Lei n.º 4.864? Seria *esta* a medida encontrada como necessária para incrementar uma indústria por tantos motivos outros em colapso?

É o que nos propomos examinar, com intenção marcadamente prática e sem preocupação de inovar em doutrina. Realmente, nosso objetivo é demonstrar que doutrina e lei positiva autorizam o intérprete a colir os *abusos* — que virão — no exercício da retomada de imóveis alugados para *fins não-residenciais*, por simples conveniência do locador.

Trata-se de encontrar os limites jurídicos da expressão usada na lei: “por não convir ao locador continuar a locação”.

Não obstante o laconismo do texto (art. 3.º do Decreto-lei n.º 4, de 7 de fevereiro de 1966), o entendimento não deve ser absoluto. Desde os estudos de RIPERT sobre a relatividade dos direitos, parece pacífico, em doutrina, que o exercício de um direito é sempre *condicionado*, balizado pelos direitos e interesses lindeiros, de modo a não ferir valores maiores acaso em jôgo.

Argumentar-se-ia que o locador não quer *prejudicar ninguém* exercendo o seu direito à retomada. Seu ato é lícito, perfeitamente dentro do campo de descrição que lhe abriu o art. 28 da Lei n.º 4.864, de 29 de novembro de 1965.

Será isto suficiente?

Parece-nos que não. A evolução do Direito não justifica que juízes e tribunais restrinjam a configuração do abuso de direito aos casos da *aemulatio* romana.

Possivelmente não é com ânimo de prejudicar a coletividade, ferir interesses socialmente mais importantes, que o locador quer retomar o imóvel. O vício não é subjetivo, mas objetivo. É irrelevante o que se passou na vontade do locador, se quis ou quer, se não quis ou não quer prejudicar — o certo é que, exercendo a a retomada, o faz.

Em termos filosóficos, a comunidade que, em última análise, criou e lhe conferiu direitos civis, não o fez para que seu exercício se voltasse contra ela, acarretando graves e talvez irremediáveis prejuízos. O que se há de perquirir, portanto, é a *lesão objetiva*, avaliando-se os interesses em conflito.

Como tão bem expôs o saudoso Mestre SAN TIAGO DANTAS:

“O *animus nocendi* pode configurar-se ou não; é irrelevante. O que qualifica o abuso é o aspecto objetivo do ato, e se este patenteia a sua antissociabilidade, existe abuso e cabe repressão” (*O Conflito de Vizinhança e sua Composição*, ed. 1939, pág. 126).

SAN TIAGO DANTAS vai mais além e, criando uma teoria monista a respeito do abuso de direito, diz adiante na obra citada:

“A falta de utilidade em relação ao agente, de que na *aemulatio* se faz tão grande questão, nada mais é do que um caso de *violação da destinação econômica e social* do direito, e, portanto, a doutrina do abuso abrange, no seu âmbito mais largo, todos os conflitos que se pretendem resolver através a proibição de atos emulativos” (*op. cit.*, págs. 126 e 127).

Mas não só o nosso preclaro SAN TIAGO DANTAS buscou unificar a teoria do abuso, abandonando a antiga distinção (objetiva e subjetiva). CAMPION (*La Théorie de l'abus des droits*, Bruxelas, 1935) fê-lo, considerando, não a *destinação* econômica e social da lei, mas a *prevalência de interesses*, oferecendo, em vez de um critério teleológico, um critério de valor:

“Todos êsses critérios (intenção de prejudicar, ausência de interesse legítimo e desvio da finalidade do direito exercido), confundem-se em um único critério verdadeiro, que é a rutura do equilíbrio dos interesses em presença. Dois interesses estão em presença: o do sujeito do direito e o da vítima do exercício do direito. É socialmente impossível que sejam ambos mantidos intactos. Começa a necessidade de equilibrá-los. Mas, se em dado momento, a lesão do interesse do prejudicado aparece como mais grave do ponto de vista social que a lesão do interesse do sujeito, há rutura do equilíbrio. Essa rutura determina a intervenção da justiça em favor do interesse ameaçado. Por outros termos: tendo de escolher, a sociedade considera mais útil evitar o dano que vai sofrer o ente jurídico ou exigir a sua reparação do que manter intacto o interesse que ela devia proteger” (apud EDMUNDO LINS NETO: artigo in *Rev. Crítica Judiciária*, vol. 37, págs. 19 e 20).

Mais antigo ainda é JOSSERAND, como precursor de um sistema unificador, procurando ver no desvio da função social da lei uma espécie nova de culpa, para fundir o desvio na *aemulatio*, denominando-a “culpa social”. Este autor examina o abuso diante do *espírito* dos direitos, critério original e próprio (1.º — *droits non*

causés; 2.º — *droits à l'esprit égoïste* e 3.º — *droits à l'esprit altruiste*). O abuso de direito com culpa social se daria quando do exercício irregular de um direito de espírito, ou fundo, egoísta (*De l'Esprit des Droits et de leur Rélativité*, Paris, 1927).

É inegável, a esta altura da experiência forense e da aceitação dos postulados coletivistas, que a figura do abuso de direito se apresenta *autônoma*, não se confundindo com a do ato ilícito. Prescinde-se da culpa e perquirem-se objetivamente os fatos.

Esta evolução é assim explicada por ALVINO LIMA:

“O alargamento do conceito do abuso de direito veio atingir substancialmente a noção de direito subjetivo, derogando os princípios dos direitos absolutos, para proclamar a relatividade dos direitos (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, verbete *Abuso de direito*, vol. I, pág. 329).

Assim é que há de buscar a culpa quando houver violação *do direito*, mas haverá *abuso de direito* quando fôr violada a *finalidade social do direito*.

Esta colocação, em termos finalísticos, assume grande relevância na solução propugnada por CAMPION (*op. cit.*, págs. 415 e seguintes):

“Pour protéger les intérêts individuels reconnus socialement utiles, la loi crée et organise les droits civils. Les tribunaux pourront restreindre ou refuser cette protection si, par rapport aux circonstances de la cause ou à raison de transformations économiques et sociales non prévues lors de son organisation, l'utilité sociale de cette protection disparaît ou s'affaiblit”.

Igualmente finalista, entre nós, o precioso monografista EDMUNDO LINS NETO propõe o seguinte critério para configurar o abuso de direito (*in Rev. de Crítica Judiciária*, vol. 37, págs. 19 e 20):

“1.º — que o agente tenha exercido um direito;

2.º — que esse direito tenha sido irregular ou anormal, vale dizer, *contra o interesse da sociedade*;

3.º — a existência de dano;

4.º — a relação de causalidade entre o exercício do direito e o dano” (nosso grifo).

É de se notar: basta a relação de causalidade, dispensado o elemento subjetivo, o ânimo de quem vai exercitar o direito. Perfeitamente afinadas estas conclusões com as belas palavras de CAMPION acima reproduzidas. Esforços como estes engrandecem o Direito na sua constante evolução, atualização e depuração.

Mas antes de apreciarmos o direito positivo brasileiro em face do problema, uma última lembrança, deixada por um grande doutrinador:

“Malgré les formules absolues du droit romain arrivées jusqu'à nous, notre conscience juridique moderne répugne, de plus en plus, à admettre que l'exercice des droits puisse être illimité.

Cette tendance s'est traduite notamment dans une jurisprudence, aujourd'hui fortement assise, que refuse d'appliquer la maxime traditionnelle *neminem laedit qui suo jure utitur*, dans tous les cas, où elle reconnaît un véritable abus de droit. Depuis long temps constituée, en vue de limiter certains usages excessifs de la propriété foncière, et de compléter, en quelque façon, le système légal des relations de voisinage, cette jurisprudence s'est particulièrement développée, en ces derniers temps, par rapport à diverses manifestations de la liberté individuelle, qui ont paru devoir être réprimées civilement, comme entamant les droits d'autrui” (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, ed. Lib. Marescq-Ainé, págs. 543 e 544).

Estas palavras são do grande FRANÇOIS GÉNY. Se levarmos em conta que foram escritas no encerrar do século passado (1899), dando-nos conhecimento de uma jurisprudência em formação, nada de se estranhar que se propugne, entre nós, por uma aplicação *mais justa* do direito.

Pois se é o próprio direito positivo que se refere a “abuso no exercício do direito”, “exercício irregular do direito” e “abuso de

direito”, como negarmos esta realidade em obtuso apêgo a uma jurisprudência que já em 1899 começava a amadurecer em outros países mais evoluídos na arte e na ciência do direito?

Será nosso subdesenvolvimento um fenômeno, assim tão global, que não nos permita, 67 anos depois de GÉNY, desvencilharmos-nos do ranço da *aemulatio* para reconhecer que Direito não deve ser pretêxto para violar ou destruir bens da vida que tenham alta significação social? Deverá ser o Direito um instrumento de progresso ou uma arma para ser brandida em sua própria destruição?

Se a sociedade, que cria os direitos — e o faz segundo um critério de valor — permitir que os direitos, que criou, sejam usados para ferir os valores que visou defender, não tardará a tombar, ela própria, vítima da monstruosidade que gerou.

Mas, objetar-se-ia, onde na Lei o permissivo, para aplicação desta doutrina?

SALEILLES já advertia a respeito:

“A finalidade social dos exercícios de direitos não pode ser definida numa fórmula legal” (*Théorie Générale des Obligations*, pág. 370).

Ainda que não se possa apontar entre nós regra expressa sobre abuso de direito como a do art. 266 do Código Alemão, não obstante incompleta —

“não é permitido o exercício de um direito quando êle não pode ter outro fim que causar dano a outrem”

— quase todos os nossos juristas estão acordes em ver no artigo 160, I, do Código Civil, a *contrario sensu*, a adoção da doutrina. Não a tivesse esposado, bastaria ao legislador editar a regra do artigo 159, *com fundamento na culpa*.

Não introduziu a Constituição de 1946, em nossa lei positiva, a meritória doutrina da propriedade-função, luzeiro acendido por LÉON DUGUIT?

E, somando-se aos dispositivos já citados, não terá vindo o artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, em vigor, dilatar os poderes do Juiz para que a Lei não seja pretexto para ferir o *espírito* da lei, como queria GÉNY?

Neste dispositivo, a autorização para preservar a higidez do sistema com uma aplicação moderada do outro texto, da chamada “Lei de Estímulo às Construções Cíveis”, que resulta violento e injusto quando aplicada contra interesses maiores acaso em conflito.

Leis de igual hierarquia podem ser harmônicamente coordenadas para triunfar o bem comum sobre o interesse individual, a *finalidade das leis* sobre a letra de uma lei tomada isoladamente.

Observe-se que podendo optar entre o arbitramento (para cálculo da *justa* renda) e o despejo (quicá para relocar a outrem), os locadores abusarão de seu direito se preferirem a via de consequências desastrosas, se sua pretensão encontra pela frente um majiço interesse público que também merece a proteção da Justiça. E, dependendo da consciência do locador a respeito das consequências, poderemos não estar muito longe da *aemulatio*.

Dirão os locadores que “não lhes convém a locação”. O que lhes convém: a locação que rescindem, ou qualquer outra? A lei abriu uma discricão ou uma faculdade arbitrária?

Até que ponto deverá ser auscultada esta conveniência do locador? *Até que ponto?* — há um profundo juízo de valor nesta pergunta.

Em retomada por livre conveniência respeitar-se-á a *liberdade* da opção, mas nem por isso ficará afastada a discussão da *existência da conveniência* e, por que não, do dano que objetivamente seja infligido a interesses sociais respeitáveis e dignos de tutela.

Lembremo-nos do conselho de JEFFERSON: “a execução das leis é mais importante que sua feitura”.

Talvez não haja lei obnóxica se de seu espírito não houver abuso.