

A Atualidade da Teoria do Abuso do Direito

Daniel Ustárroz

Doutor em Direito Civil (UFRGS)

Professor da Escola de Direito (PUCRS)

Instagram: @danielustarroz

Email: ustarroz@terra.com.br

Uma fonte extremamente rica do dever de indenizar está prevista no Código Civil: o art. 187, CC: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Este artigo densifica a teoria do abuso do direito em nosso sistema, oferecendo consistência e fluidez ao discurso jurídico.

Vale lembrar que o Código de 1916 era praticamente omissivo a este respeito, uma vez que a construção legal do abuso do direito se dava através de interpretação a *contrario sensu* do art. 160: não era ilícito o exercício regular de um direito, logo a atuação irregular daria margem à ilicitude.¹ Por conseguinte, embora existissem acórdãos adotando esta teoria francesa, a sua recepção no direito nacional sempre foi discutida pela doutrina.

A semente da teoria do abuso do direito remonta ao pensamento de Louis Josserand, no início do século passado. A rememoração de suas lições é extremamente valiosa para preencher o conteúdo normativo do art. 187 e guiar o intérprete na sua concreção.

O Doyen da Faculdade de Lyon e Conselheiro da Corte de Cassação francesa inaugura a sua obra fundamental sobre o tema valendo-se de uma frase emblemática de Voltaire: “un droit porté trop loin devient une injustice”.² Ou seja, o exercício desmedido de um direito, sem limitação, conduziria à injustiça por desconsiderar

¹ Art. 160, CCB/1916: “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1519 e 1520). Parágrafo único - Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

² De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, p. 5. Paris: Dalloz, 2006 (réimpression de la deuxième édition parue en 1939).

interesses legítimos alheios. O brocardo latino “*summum ius summa iniuria*” também é lembrado em suas páginas iniciais.

Nesse breve estudo, selecionei três parágrafos retirados de sua obra-prima, que simbolizam a sua visão relacional do fenômeno jurídico e a necessidade, sentida em sua época, de revitalizar a ciência do direito, a começar pela necessidade de conectar a pessoa ao mundo em que vive e atua.

Afirmou Josserand: “não é no espaço interplanetário que o homem faz valer e realiza os seus direitos, mas dentro de um meio social, do qual ele constitui uma das suas incontáveis células, a mais frágil e a mais ínfima; uma engrenagem subalterna encadenada dentro de um mecanismo complexo e formidável, ele deve se comportar em função do meio do qual ele saiu, cada vez que ele exerce um direito, ainda que aparentemente o mais individual e egoísta. É uma prerrogativa social que ele deve utilizar, em conformidade com o espírito da instituição, civilizadamente”.³

Outrossim, a cega obediência da literalidade da lei é enfocada mais como uma forma de perturbar a realização do direito do que propriamente um meio de encontrar a justiça. Os direitos *prima facie* reconhecidos no ordenamento precisam ser temperados, quando de sua aplicação concreta, para o respeito e a consideração dos direitos alheios. Agregou Josserand: “a odiosa máxima ‘*dura lex, sed lex*’ que não parece ser verdadeiramente romana é, em todo caso, completamente falsa enquanto expressão do direito romano da boa época; ela deve ceder posto à seu corretivo e a seu antagonista ‘*summum jus summa iniuria*’ e o direito pretoriano, no seu admirável e harmonioso desenvolvimento, constitui a mais brilhante ilustração da marcha triunfal da teoria do abuso”.⁴

³ No original: “ce n’est pas dans les espaces interplanétaires qu’il fait valoir et qu’il réalise ses droits, mais dans un milieu social dont il constitue l’une des innombrables cellules, la plus fragile et la plus infime; rouage subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu auquel il sortit; à chaque fois qu’il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste. C’est encore une prérogative sociale qu’il doit l’utiliser, conformément à l’esprit de l’institution, *civiliter*.” De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits, p. 7. Paris: Dalloz, 2006 (réimpression de la deuxième édition parue en 1939).

⁴ No original: “L’odieuse maxime << *Dura lex sed* >>, qui ne semble pas être vraiment romaine, est, en tout cas, complètement fautive en tant qu’expression du droit romain de la bonne époque; elle doit céder le pas à son correctif et à son antagoniste << *summum jus summa iniuria* >>, et le droit prétorien, dans son admirable et harmonieux développement, constitue la plus brillante illustration et comme la marche triomphale de la théorie de l’abus.” De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits, p. 4. Paris: Dalloz, 2006 (réimpression de la deuxième édition parue en 1939).

É interessante, por fim, registrar o seu ceticismo quanto à forma de pensar dos “Direitos Humanos”, enquanto expressão natural, inalienável e sagrada das pessoas, por apartá-las de seus semelhantes e ensejar uma visão que, em última análise, conduziria ao absolutismo do “direito subjetivo”. Escreveu o autor sobre os ‘Direitos do Homem’, “da famosa Declaração de 1789, ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos naturais e imprescritíveis’, ‘direitos invioláveis’, que se impõem aos poderes públicos, sem exceptuar o Legislativo e o constituinte : «Uma concepção assim, que se explica historicamente pelo jogo das relações sociais, devia conduzir ao absolutismo dos direitos subjetivos; por ela, o indivíduo se torna um soberano, armado de prerrogativas intangíveis que ele pode usar discricionariamente: projetando ‘ficticiamente o indivíduo fora do meio social’, a escola do direito natural estava fatalmente simpática a lhe permitir de exercer os seus direitos em qualquer direção, mesmo associal ou anti-social”.⁵

Louis Josserand imortalizou na história do direito dois precedentes franceses da virada do século XIX : o caso da falsa chaminé, julgado pela Corte de Colmar, em 2 de maio de 1855; e o caso Clément-Bayard, apreciado pela Corte de Cassação, em 03.08.1915. Na sua visão, a edificação de uma falsa chaminé destinada a prejudicar o vizinho constituiu um exemplo célebre da constatação do abuso de direito, tal qual a instalação de espigões de ferro, com altura de 16 metros, com o escopo de constranger a empresa de dirigíveis a adquirir o terreno lindeiro.⁶ Em ambas as hipóteses, os Tribunais

⁵ Escreveu Louis Josserand que « Ce sont les << Droits de l’Homme >>, de la fameuse Déclaration de 1789, << droits naturels, inaliénables et sacrés >>, << droits naturels et imprescriptibles >>, droits << inviolables >> qui s’imposent aux pouvoirs publics, sans en excepter le législatif et le constituant lui-même. Une telle conception, qui s’explique historiquement par le jeu inéluctable des réactions sociales, devait aboutir à l’absolutisme des droits subjectifs ; par elle, l’individu devient un souverain, armé de prérogatives intangibles dont il peut user discrétionnairement, fût-ce à l’encontre de l’Etat : en projetant << fictivement l’individu hors du milieusocial >>, (I) l’école du droit naturel était fatalement amenée à lui permettre d’exercer ses droits dans une quelconque direction, même asociale, même antisociale. ‘ De l’esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l’abus des droits, p. 6. Paris: Dalloz, 2006 (réimpression de la deuxième édition parue em 1939).

⁶ Assim descrito o caso Clément-Bayard (1913): «Attendu qu’il ressort de l’arrêt attaqué que Coquerel a installé sur son terrain attenant à celui de Clément-Bayard, des carcasses en bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues ; que le dispositif ne présentait pour l’exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n’avait été érigée que dans l’unique but de nuire à Clément-Bayard, sans d’ailleurs, à la hauteur à laquelle il avait été élevé, constituer au sens de l’article 647 du code civil, la clôture que le propriétaire est autorisé à construire pour la protection de ses intérêts légitimes ; que, dans cette situation des faits, l’arrêt a pu apprécier qu’il y avait eu par Coquerel abus de son droit et, d’une part, le condamner à la réparation du dommage causé à un ballon dirigeable de Clément-Bayard, d’autre part, ordonner l’enlèvement des tiges de fer surmontant les carcasses en bois ». Inteiro teor da decisão disponível em <http://actu.dalloz-etudiant.fr>. Acesso em 06.06.2012.

não poderiam concordar com a atuação dos proprietários, embora as obras tivessem sido realizadas no próprio terreno e em conformidade com as licenças, uma vez que o seu agir era animado por uma perspectiva anti-social.

Com os olhos voltados à realidade atual, a jurisprudência vem aplicando a norma brasileira em litígios envolvendo a liberdade de imprensa⁷, postagens em redes sociais⁸, abordagens de civis por agentes públicos⁹ e por seguranças privados¹⁰,

⁷ REsp 1237401/PE, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4. T., j. 21/06/2011, DJe 01/08/2011.

⁸ Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSTAGEM EM REDES SOCIAIS. CUNHO OFENSIVO. EXCESSO CARACTERIZADO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Em se tratando de colisão de direitos fundamentais, é cediço que não há respostas definitivas e invariáveis, pois não se trata da dimensão da chamada lógica do tudo ou nada”, que preside o mundo das regras. Neste, a existência de regras opostas, com pretensão de incidência sobre o fato, implica a necessidade de identificar qual a regra válida, afastando-se a outra. O embate entre princípios opostos, como é o caso direito de informar e o correlato direito à informação x alegados direito à imagem - não encontra solução definitiva e absoluta, devendo ser resolvida pela ponderação, à luz do caso concreto. Por vezes preponderará a liberdade de imprensa; outras vezes preponderará o direito à imagem, ou à privacidade, ou à honra. 2. Não se olvida o direito de o réu tecer críticas e expor sua opinião sobre representante de cargo público, pois são inerentes à função de governante. 3. Contudo, no caso, houve um abuso do direito de liberdade de expressão por parte do demandado ao ofender a honra e imagem do autor com o uso de termos pejorativos, o que não pode ser chancelado pelo Poder Judiciário. APELAÇÃO DESPROVIDA”. (TJRS, AC 70077916799, 9. C.C., Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, Julgado em 29/08/2018)

⁹ TJRS, AC 70046518262, 10. C.C., Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 29/03/2012.

¹⁰ Litígio envolvendo paraplégico e Banco Privado, em face da exigência da empresa de apresentação de laudo médico para liberar a sua entrada na agência: TJRS, AC 70046736138, 9. C.C., Rel. Leonel Pires Ohlweiler, j. 29/02/2012. Demanda promovida por consumidora abordada em caixa de supermercado por suspeita de furto de gelatina: TJRS, AC 70048585533, 9. C.C., Rel. Leonel Pires Ohlweiler, j. 27/06/2012.

denúncias de crimes¹¹, fiscalizações de órgãos administrativos¹², abuso direito de recorrer¹³, concessão de crédito para pessoas endividadas¹⁴, dentre outras situações.

Como se observa, embora inicialmente a atuação da jurisprudência, na concreção do art. 187, tenha sido tímida, atualmente, com o trabalho conjunto da doutrina, que levanta hipóteses e ampara o raciocínio dos juízes, a nova fonte do dever de indenizar produz reflexos práticos interessantes.

¹¹ TJRS, AC 70045577004, 10. C.C., TJRS, Rel. Túlio de Oliveira Martins, j. 16/02/2012; TJRS, AC 70043925502, 10. C.C., Rel. Túlio de Oliveira Martins, j. 16/02/2012.

¹² Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ABUSIVIDADE EM OPERAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO. APREENSÃO E INCINERAÇÃO DE BENS E PEÇAS EXISTENTES EM EMPRESA DO RAMO DE DESMONTAGEM DE VEÍCULOS. ABUSO DO DIREITO E VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL VERIFICADOS. DANOS MATERIAIS. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. Hipótese em que houve operação para a fiscalização que objetivava combater a recepção e o desmanche de veículos roubados, além de coibir o funcionamento de estabelecimentos irregulares, os chamados ferros velhos. Não obstante a empresa autora estivesse, de fato, formalmente irregular, devido à falta de credenciamento exigido frise-se após a sua constituição, não restou demonstrado pelo ente público a necessidade de imediata incineração de todo estoque existente no estabelecimento comercial, havendo medidas menos gravosas previstas na legislação que rege a matéria, que não foram observadas por ocasião da operação de fiscalização. Abuso de direito e ofensa ao devido processo legal evidenciados. Dever de indenizar os danos materiais sofridos, consubstanciados no valor de mercado da sucata apreendida. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. As pessoas jurídicas podem sofrer dano moral (Súmula 227 do STJ), mas esses não são, via de regra, *in re ipsa*, já que as sociedades não possuem honra subjetiva, mas apenas honra objetiva, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam a ela. Caso concreto em que não se mostram presentes os requisitos do dever de indenizar. In casu, inexistem provas dos alegados danos morais, notadamente de mácula à honra objetiva da pessoa jurídica autora, considerando que o procedimento de fiscalização em si era lícito, restando configurado tão somente o abuso de direito na posterior incineração do estoque da empresa sem observância do devido processo legal. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”. AC 70078045648, 9. C.C., TJRS, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 24.10.2018.

¹³ EDcl no AgRg no Ag 1315699/SP, 6. T., Rel. Min. Vasco della Giustina. DJe 13/06/2012; REsp 1249356/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. T. DJe 31/08/2011.

¹⁴ TJRS, AI 70047212519, 17. C.C., Rel. Liege Puricelli Pires, j. 08/03/2012.