



O abuso de direito e as léguas que não separam Brasil e Europa

Há tanto mar entre Brasil e Europa. Mas, no que se refere ao abuso de direito, as léguas a nos separar não são maiores que aquelas do leito do rio Reno. Enquanto as águas que dividem França e Alemanha são caóticas e imprevisíveis, nós navegamos pelo Atlântico com os gestos ágeis de um velho marinheiro que alinha as velas sem sequer precisar pensar sobre a direção do vento.

É chegado, porém, o tempo de uma reflexão sobre o que temos feito.

Pascal disse, certa vez, fazendo referência ao Reno, que “um meridiano decide a verdade. [...] Justiça agradável que um rio delimita!” [1].

Como já concordei antes, no [Ainda precisamos falar sobre o abuso de direito](#), ele tinha razão — ao menos sobre o abuso de direito.

Na margem francesa (tradição de *abus de droit*), o abuso de direito caracteriza-se por uma abordagem definitiva (i.e., por uma abordagem que pouco ou nada se preocupa em estabelecer critérios para a identificação concreta de abusos como limites ao exercício dos direitos, e do correspondente controle dogmático dessa identificação).

Já na margem alemã, a tradição de *allgemeine Verbot unzulässiger Rechtsausübung* [proibição geral de exercício inadmissível do direito] empenha-se na formulação dogmática de numerosos grupos de casos para controle da sua aplicação”

É inegável que, no Brasil, recepcionaram-se doutrinas europeias de abuso de direito — mas doutrinas de qual(is) tradição(ões)?

Há os que entendem ter havido aqui uma recepção exclusiva da tradição alemã; [2] outros enxergam uma recepção exclusiva da tradição francesa. É difícil sustentar qualquer dessas posições extremadas ante o artigo 187 do Código Civil brasileiro [4] — uma cópia praticamente exata do artigo 334 do Código Civil português, [5] o qual é substancialmente idêntico ao artigo 281 do Código Civil grego, que, por sua vez, mescla as abordagens germânicas das violações à boa-fé e aos bons costumes [6] e a abordagem francesa do desvio de finalidade: [7]

“O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa fé pelos bons costumes ou pelo escopo social ou económico do direito.” [8]

Na correta constatação de Judith Martins-Costa, trata-se de um “cruzamento de influências”. [9]

A recepção das doutrinas francesas de *abus de droit* não é particularmente difícil: é bem verdade que a jurisprudência e a literatura brasileiras nunca conseguiram “descer do céu” dos princípios mais gerais, a fim de conferirem ao que se intitula abstratamente ‘desvio de finalidade’ contornos dogmáticos claros [10] — mas disso os franceses também nunca foram capazes.

Declararem-se recepcionadas no Brasil as doutrinas de *abus de droit* é apenas afirmar-se que se aceita a noção de “desvio de finalidade” dos direitos no direito brasileiro, seja lá quem ou o que determine qual é essa finalidade.

Spacca

Já quanto à recepção das doutrinas germânicas de *unzulässige Rechtsausübung* — e muito embora não haja diferenças fundamentais entre Brasil e Alemanha na consideração teórica das cláusulas gerais, [11] eixo dogmático das doutrinas sistematizadoras do abuso de direito —, a jurisprudência e a literatura brasileiras ficam muito aquém do mínimo exigível na formulação de grupos de casos de violações à boa-fé e aos bons costumes.

Isso se deve à maneira como os tribunais brasileiros justificam as suas decisões (sem nenhuma pretensão sistematizadora), à falta de pretensão doutrinária crítica sistematizadora e à inexistência de uma cultura de publicação de comentários ao Código Civil (simétrica à alemã dos *Kommentare*). [12]



Comportamento abusivo

No Brasil, pode-se falar em uma recepção completa do princípio geral que orienta a tradição francesa (é abusivo o comportamento que se desvia da finalidade em razão da qual o direito foi concedido), mas que, por si só, é inadequada para com ela se tratar o abuso de direito, por ser definitiva; e de uma recepção incompleta (ou apenas nominal) [13] da tradição alemã, que trata adequadamente o abuso de direito desde que seu modo de sistematização por grupos de casos seja obedecido.

Em meu livro “*Abuse of Rights: From abus de droit to allgemeine Verbot unzulässiger Rechtsausübung*”, propus que sigamos todos, nos dois lados do Atlântico e nas duas margens do rio Reno, o grito de batalha de Joachim Rückert: “*Fallvergleich!* [comparação de casos!]”. [14]

A meu ver, a formulação dogmática de grupos de casos de abuso de direito é a única maneira de não concedermos aos juízes o poder de arbitrariamente imporem a sua particular ideologia — algo que já ocorreu, com resultados bastante conhecidos, no uso das doutrinas definitórias de *abus de droit* no



projeto nazista, capitaneado por Wolfgang Siebert. [\[15\]](#)

O que se vê no Brasil hoje, no que se refere ao abuso de direito (e assim também apontam, sobre o direito brasileiro de modo geral, observadores externos como Jan Peter Schmidt), [\[16\]](#) é um “caos” decisório voluntarista, em que a literatura é usada pela jurisprudência de forma meramente retórica, sem nenhuma pretensão sistematizadora: cá estamos doentes!

O remédio seria a formulação de grupos de casos — inclusive de abuso de direito —, mas a solução está distante de ser alcançada no Brasil: faltam tanto à literatura como à jurisprudência o “senso de responsabilidade” [\[17\]](#) ínsito à cultura sistematizadora alemã (mas também visto em Portugal e na Grécia), de onde se pretendeu recepcionar a dogmática das cláusulas gerais. [\[18\]](#)

Há que se ter muito cuidado: o vento com cheirinho de alecrim que sopra o abuso de direito através do Atlântico traz ao Brasil também o alerta de Frank von Look sobre a utilização dessas doutrinas no projeto nazista — e que serve de alerta sobre os resultados esperados de seu aproveitamento em qualquer projeto autoritário: “a formulação de grupos de casos não era tão pronunciada naquela época como é hoje, o que facilitou a penetração das ideias nacional-socialistas na jurisprudência. Os atuais grupos diferenciados de casos [...] não devem ser vistos apenas como uma ajuda para sistematizar o material da jurisprudência, mas ao mesmo tempo como um instrumento metódico para evitar abusos, como nos tempos do nacional-socialismo”. [\[19\]](#)

A aprendizagem recíproca entre Brasil e Europa é imprescindível, como defende o Prémio Fibe, que distingue, desde 2023, teses e dissertações que tratam dos muitos laços entre o Brasil e a Europa.

As ideias aqui apresentadas foram expostas primeiramente em minha tese de doutorado, que obteve o primeiro lugar na primeira edição da premiação. Foi bonita a festa, pá; fico contente!

Que o Fórum de Integração Brasil Europa continue estimulando a imprescindível aprendizagem recíproca entre Brasil e Europa.

[\[1\]](#) .Blaise Pascal, *Les pensées de Pascal: reproduites d'après le texte autographe, disposées selon le plan primitif et suivies des Opuscules* (Paris: P. Lethielleux, 1896), 70.

[\[2\]](#) Teresa Ancona Lopez, “Exercício do Direito e suas Limitações: Abuso do Direito,” *Doutrinas Essenciais de Direito Civil 4* (out. 2010): 8; Rosalice Fidalgo Pinheiro, *O Abuso do Direito e as Relações Contratuais* (Rio de Janeiro: Renovar, 2002), 382.

[\[3\]](#) Heloisa Carpena, *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo* (Rio de Janeiro: Renovar, 2001), 415; Inacio de Carvalho Neto, *Abuso do Direito*, 6. ed. (Curitiba: Juruá, 2015), 33.



[4] “Art. 187. 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”.

[5] “Artigo 334.º (Abuso do direito) 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 desse direito”. Onde o Código Civil português fala em “ilegítimo”, deve-se ler “ilícito” — assim como no Código Civil brasileiro (António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa in Agendo: Estudo de Direito Civil e de Direito Processual Civil com Exemplo no Requerimento Infundado da Insolvência*, 3. ed. (Coimbra: Almedina, 2014), § 11º).

[6] Jan Peter Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2009), 462; Filippo Ranieri, “Die ‚bona fides‘ und die richterliche Kontrolle der Rechtsausübung,” in *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3., vollständig überarbeitete Aufl. (Wien: Springer, 2009), 1837–9; António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil* (Coimbra: Almedina, 1983), 714; Eugenia Dacornia, “The Evolution of the Greek Civil Law: From its Roman–Byzantine Origins to its Contemporary European Orientation,” in *Regional Private Laws and Codification in Europe*, ed. Hector MacQueen (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 288–305.

[7] Essa segunda fica evidente em suas partes finais, uma clara referência ao art. 74 do Projeto de Código de Obrigações franco-italiano de 1927: “É devido o ressarcimento por quem tiver causado dano a outro, excedendo no exercício do próprio direito os limites fixados pela boa-fé e pelo *fim para o qual o direito foi reconhecido*” (g.n.) (Ranieri, “Bona fides,” 1837 [nr. 56]).

[8] Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 711.

[9] Judith Martins-Costa, “Os Avatares do Abuso do Direito e o Rumo Indicado pela Boa-Fé,” in *Direito Civil contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*, ed. Gustavo Tepedino (São Paulo: Atlas, 2008), 76 ff. Curiosamente, logo adiante no mesmo trabalho, Martins-Costa contradiz-se, ao sustentar que, “da concepção ‘francesa’ que marcara a atribulada recepção da figura no Brasil [...] o vigente Código passou a uma concepção ‘germânica’ em tudo estranha àquela [à francesa]” (g.n.) (Martins-Costa, “Avatares,” 79).

[10] Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, 422; Flávio Tartuce, “Considerações sobre o Abuso de Direito ou Ato Emulativo Civil,” in *Questões controvertidas no novo Código Civil*, ed. Mário Luiz Delgado and Jones Figueirêdo Alves (São Paulo: Método, 2004), 93.

[11] Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, 400.

[12] Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, 442–5. Jan Peter Schmidt cita, ainda, a predominância do ensino processual nas faculdades de Direito (Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, 443–4).



[13] Os grupos de casos (ao menos os da boa-fé objetiva) são amplamente conhecidos pela Ciência Jurídica brasileira. Por exemplo: o Enunciado 412 do Conselho da Justiça Federal (CJF) (V Jornada de Direito Civil): “Art. 187: As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”. O quanto os nomes são tornados reais na jurisprudência civilista é assunto que não pode ser discutido aqui.

[14] Joachim Rückert, “Die Schlachtrufe im Methodenkampf – ein historischer Überblick,” in *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, ed. Joachim Rückert and Ralf Seinecke, 3., erweiterte Aufl. (Baden-Baden: Nomos, 2017), 603.

[15] Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto, *Abuse of Rights: From abus de droit to allgemeine Verbot unzulässiger Rechtsausübung* (Fortaleza: Independently Published, 2023), 157–75.

[16] Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, 444–5.

[17] Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, 448, 463–4 e 470.

[18] Se consideradas apenas as duas técnicas extremadas de legislatura — casuística e de cláusulas gerais —, há um enorme espaço a ser preenchido pela formulação dogmática de grupos de casos. A lei pode adotar, porém, o “método exemplificador”, indicando ela própria, de maneira não taxativa, casos concretos de aplicação reconhecida ‘em abstrato’ (grupo de casos legislativo), reduzindo assim o espaço de abertura da cláusula geral, mas sem recair na casuística: há um tipo exemplar, mas permanece aberto o espaço para investigação analógica (Arthur Kaufmann, *Analogia y “naturaleza de la cosa”*: *hacia una teoría de la comprensión jurídica*, traId. Enrique Barros Bourie (Santiago: Jurídica de Chile, 1976), 98–9). Jan Peter Schmidt considera que essa teria sido uma boa solução para o art. 187 do Código Civil, especialmente em razão da peculiaridade da cultura jurídica brasileira (pouco dada à sistematização) (Schmidt, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, 470).

[19] Frank von Look, “Die zivilrechtlichen Generalklauseln in der Rechtsprechung,” *Juristische Rundschau*, no. 3 (Março 2000): 97.

Meta Fields