



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
VICE-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO – VRPG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**RACIONALIZAÇÃO DOS PARÂMETROS DE
IDENTIFICAÇÃO DO ABUSO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO FORMA DE CONTROLE DE SUA
UTILIZAÇÃO NA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL
BRASILEIRA**

Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto

Fortaleza–CE
2022

FÁBIO CARVALHO DE ALVARENGA PEIXOTO

**RACIONALIZAÇÃO DOS PARÂMETROS DE
IDENTIFICAÇÃO DO ABUSO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO FORMA DE CONTROLE DE SUA
UTILIZAÇÃO NA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL
BRASILEIRA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza, como requisito parcial para obtenção do Título de Doutor em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias

Tese aprovada em: 16 nov. 2022

Fortaleza—CE
Novembro, 2022

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

Peixoto, Fábio Carvalho de Alvarenga.

Racionalização dos parâmetros de identificação do abuso de direitos fundamentais como forma de controle de sua utilização na prática jurisprudencial brasileira / Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto. - 2022

725 f.

Tese (Doutorado) — Universidade de Fortaleza. Programa de Doutorado Em Direito Constitucional, Fortaleza, 2022.

Orientação: Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias.

1. Abuso de direito. 2. Racionalidade jurídica. 3. Metodica de grupo de casos. 4. Abuso de direito fundamental. 5. Limites dos limites do direito fundamental. I. Dias, Prof. Dr. Eduardo Rocha. II. Título.

FÁBIO CARVALHO DE ALVARENGA PEIXOTO

RACIONALIZAÇÃO DOS PARÂMETROS DE IDENTIFICAÇÃO DO ABUSO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FORMA DE CONTROLE DE SUA UTILIZAÇÃO
NA PRÁTICA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Tese aprovada em: 16 nov. 2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias – Orientador
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Rômulo Guilherme Leitão
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Jr.
Universidade de São Paulo – USP

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	20
1 AS DOUTRINAS CIVILISTAS DE ABUSO DE DIREITO EM SUAS DUAS TRADIÇÕES	36
1.1 A noção geral de abuso de direito.....	37
1.1.1 <i>Admissão pela literatura do abuso como ilicitude atípica.....</i>	<i>40</i>
1.1.1.1 Fase inconsciente.....	41
1.1.1.2 Fase construtiva de dogmatização incipiente	42
1.1.1.3 Fase construtiva de sistematização periférica.....	53
1.1.2 <i>Delimitação ante o abuso (desvio) de poder</i>	<i>54</i>
1.1.3 <i>Pressupostos da noção de abuso</i>	<i>57</i>
1.1.3.1 Permissão concedida por interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo ...	57
1.1.3.2 Proibição ‘descoberta’ pelo juiz, fora dos limites da interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo	63
1.2 A noção de abuso como “atalho” justificatório.....	70
1.2.1 <i>Abuso como “conceito reunidor”</i>	<i>70</i>
1.2.2 <i>Imprescindibilidade prática de formulação dogmática de grupos de casos (abertos), para a aplicação racional da proibição de abuso</i>	<i>75</i>
1.2.3 <i>Abuso como “atalho” (que pode aumentar o caminho)</i>	<i>86</i>
1.3 As duas tradições das doutrinas civilistas	92
1.3.1 <i>A tradição franco-belga de abus de droit</i>	<i>95</i>
1.3.1.1 Abordagem da intencionalidade danosa	99
1.3.1.1.1 <i>Os primórdios da tradição do abus de droit</i>	<i>99</i>
1.3.1.1.2 <i>Abordagem da causação de dano desnecessário</i>	<i>105</i>
1.3.1.2 Abordagem do desvio das finalidades econômica e social dos direitos	105
1.3.1.2.1 <i>Abordagem originária de Louis Josserand.....</i>	<i>106</i>
1.3.1.2.2 <i>Abordagem da violação à moral dominante</i>	<i>117</i>
1.3.1.2.3 <i>Recepção na Alemanha da abordagem de desvio de finalidade, por Wolfgang Siebert (Rechtsmißbrauch), e sua evolução para a doutrina do abuso institucional (Institutioneller Rechtsmißbrauch).....</i>	<i>123</i>
1.3.1.2.4 <i>Abordagem da negação do fundamento axiológico (‘axiologismo formal’): superação não substituinte</i>	<i>134</i>
1.3.1.3 Abordagem da desproporção entre vantagens e prejuízos.....	139
1.3.2 <i>A tradição alemã de unzulässige Rechtsausübung.....</i>	<i>146</i>
1.3.2.1 Abordagem da proibição da chicana	149
1.3.2.2 Abordagem da violação à boa-fé objetiva	153
1.3.2.3 Abordagem da violação aos bons costumes	160
1.4 Excurso: abordagem germanófila definitiva da violação a princípio	173
1.5 A recepção no Brasil das tradições civilistas franco-belga e alemã do abuso ..	183
1.6 Síntese parcial	194

2 DAS DOCTRINAS CIVILISTAS DO ABUSO À TEORIA DO ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	196
2.1 Questões metódicas não resolvidas pelas doutrinas civilistas de abuso.....	197
2.1.1 <i>Importância do reconhecimento da função metaindividual dos direitos</i>	<i>198</i>
2.1.2 <i>Função metaindividual e função individual: exigência metódica de critérios de dimensionamento, em cada direito</i>	<i>208</i>
2.1.3 <i>Abrangência limitada da abordagem da boa-fé objetiva</i>	<i>219</i>
2.2 A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares (<i>Drittwirkung</i>) como ponte entre as doutrinas civilistas de abuso e a teoria dos direitos fundamentais	226
2.3 A noção geral de abuso de direito fundamental.....	237
2.3.1 <i>Admissão pela literatura do abuso de direitos fundamentais</i>	<i>237</i>
2.3.1.1 <i>Fase inconsciente.....</i>	<i>237</i>
2.3.1.2 <i>Fase construtiva de dogmatização incipiente</i>	<i>241</i>
2.3.1.3 <i>Fase construtiva de sistematização periférica.....</i>	<i>243</i>
2.3.2 <i>Delimitação ante a Verwirkung de direitos fundamentais</i>	<i>244</i>
2.3.3 <i>Pressupostos da noção de abuso de direitos fundamentais.....</i>	<i>248</i>
2.3.3.1 <i>Permissão jusfundamental concedida por interpretação ‘em abstrato’ de texto da Constituição (ou de tratado com status constitucional) ou de decisão judicial erga omnes.....</i>	<i>248</i>
2.3.3.2 <i>Proibição ‘descoberta’ pelo juiz, fora dos limites da interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo</i>	<i>255</i>
2.4 Problemas de aproveitamento das abordagens das doutrinas civilistas de abuso na teoria dos direitos fundamentais	255
2.4.1 <i>O problema da controlabilidade das intervenções estatais nos direitos fundamentais.....</i>	<i>256</i>
2.4.1.1 <i>Criação do Direito fora dos limites do texto normativo</i>	<i>259</i>
2.4.1.2 <i>Falta de parâmetros de controle das abordagens definitórias</i>	<i>267</i>
2.4.2 <i>O problema do risco de eliminação da função individual do direito fundamental</i>	<i>276</i>
2.4.3 <i>O problema da confusão com a dogmática dos limites dos direitos fundamentais</i>	<i>281</i>
2.4.3.1 <i>Autonomia dogmática do abuso de direitos fundamentais ante as doutrinas dos limites.....</i>	<i>282</i>
2.4.3.1.1 <i>Abuso como sinônimo de limite: extrapolação dos limites como caso de abuso</i>	<i>284</i>
2.4.3.1.2 <i>Abuso como espécie do gênero limite: abuso como caso de extrapolação dos limites</i>	<i>286</i>
2.4.3.2 <i>Relação do abuso com as concepções dogmáticas sobre a extensão dos Tatbestände dos direitos fundamentais</i>	<i>287</i>
2.4.3.2.1 <i>Abuso na concepção ampla do Tatbestand</i>	<i>296</i>
2.4.3.2.2 <i>Abuso na concepção restritiva do Tatbestand.....</i>	<i>302</i>
2.4.3.2.3 <i>Abuso na concepção restritiva mitigada do Tatbestand</i>	<i>319</i>
2.5 Síntese parcial	326

3	A INADEQUADA UTILIZAÇÃO DO DISCURSO DE ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	328
3.1	Uso meramente retórico da noção de abuso de direito fundamental pela jurisprudência brasileira	328
3.1.1	<i>Abuso de direito fundamental sem parâmetros</i>	330
3.1.2	<i>Abuso de direito fundamental como forma inadmissível de exercício</i>	336
3.1.3	<i>Abuso de direito fundamental como sinônimo de extrapolação de limite</i>	339
3.1.4	<i>Abuso de direito fundamental como ilicitude típica</i>	340
3.1.5	<i>Abuso de direito fundamental como fraude à lei</i>	348
3.1.6	<i>Abuso de direito fundamental como irrazoabilidade</i>	353
3.1.7	<i>Abuso de direito fundamental como resultado de ponderação alexyana</i>	361
3.1.8	<i>Abuso de direito fundamental como desproporcionalidade (abuso de direito fundamental como resultado de ponderação meio-fim)</i>	371
3.2	Abuso pela jurisprudência brasileira da noção de abuso de direito fundamental	382
3.2.1	<i>Neoconstitucionalismo e o Brasil como “Estado de ponderação”</i>	384
3.2.2	<i>Abuso de “direitos fundamentais da sociedade”</i>	393
3.2.3	<i>Inexistência de repercussão geral e não revisão dos parâmetros de identificação do abuso de direitos fundamentais, dos tribunais inferiores</i>	395
3.2.3.1	<i>Óbice do Enunciado 7 da Súmula de Jurisprudência Dominante do STJ ..</i>	396
3.2.3.2	<i>Óbice do Enunciado 279 da Súmula de Jurisprudência Dominante do STF e inexistência de repercussão geral</i>	406
3.3	Séries de tipo do abuso de direito fundamental na jurisprudência brasileira	414
3.3.1	<i>Desvio da finalidade do direito como abuso de direito fundamental</i>	429
3.3.2	<i>Evitação e violação ao dever como abuso de direito fundamental</i>	440
3.3.3	<i>Intencionalidade danosa como abuso de direito fundamental</i>	446
3.3.4	<i>Realização anormal como abuso de direito fundamental</i>	452
3.3.5	<i>Causação de dano desnecessário como abuso de direito fundamental</i>	452
3.3.6	<i>Negação do fundamento axiológico como abuso de direito fundamental</i>	456
3.3.7	<i>Violação à boa-fé objetiva como abuso de direito fundamental</i>	456
3.3.8	<i>Violação à moral como abuso de direito fundamental</i>	458
3.4	Síntese parcial	459

4	CONTROLE DA RACIONALIDADE DO DISCURSO DE ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO “ATALHO” JUSTIFICATÓRIO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	461
4.1	Inexistência de um critério geral e abstrato para identificação de abusos dos diversos direitos fundamentais	462
4.1.1	<i>Inexistência (e desnecessidade, para sua coibição) de cláusula geral constitucional proibitiva do abuso de direitos fundamentais</i>	<i>462</i>
4.1.2	<i>Exigência de dogmática singular</i>	<i>470</i>
4.1.3	<i>Identificação do abuso de direitos fundamentais como tarefa de sistematização periférica a partir de valorações concretas</i>	<i>474</i>
4.2	Exigência de justificação racional da qualificação de abuso como mecanismo de controle do arbítrio judicial.....	495
4.2.1	<i>Insuficiência das teorias standard da argumentação jurídica para justificação racional da valoração de abuso</i>	<i>495</i>
4.2.2	<i>A utilização de grupos de casos dogmaticamente formulados para a justificação racional da valoração de abuso</i>	<i>506</i>
4.3	Abordagens admissíveis de abuso de direitos fundamentais	517
4.3.1	<i>Intencionalidade danosa inadmissível</i>	<i>517</i>
4.3.2	<i>Dogmatização do âmbito normativo</i>	<i>530</i>
4.3.2.1	<i>Dogmatização direta</i>	<i>545</i>
4.3.2.2	<i>Dogmatização indireta</i>	<i>552</i>
4.3.3	<i>Violação da boa-fé objetiva</i>	<i>557</i>
4.3.4	<i>Violação dos bons costumes</i>	<i>558</i>
4.4	Grupos de casos de abuso de direito fundamental como limite dos limites	561
4.5	Síntese parcial	568
	CONCLUSÃO.....	570
	REFERÊNCIAS	574
	Referências bibliográficas.....	574
	Referências documentais não jurisprudenciais	613
	Referências jurisprudenciais	618

1 AS DOUTRINAS CIVILISTAS DE ABUSO DE DIREITO EM SUAS DUAS TRADIÇÕES

Nesta seção, apresentam-se em linhas gerais: os traços característicos elementares que devem ser identificados para que se possam qualificar fenômenos jurídicos como abusos de direito; as funções do discurso de abuso na jurisprudência; e as duas grandes tradições civilistas de abuso (a franco-belga e a alemã).

Parte-se da noção surgida em trabalho combinado das literatura e jurisprudência civilistas franco-belgas (tradição do *abus de droit*) da virada entre os séculos XIX e XX, de caráter predominantemente definitório, e passa-se pela tradição alemã de *allgemeine Verbot unzulässiger Rechtsausübung*, com características jusculturais germânicas sistematizadoras peculiares bastante acentuadas.

Identifica-se como característico do abuso, em ambas as tradições, o reconhecimento de outra espécie de ilicitude, ao lado da típica (esta, uma proibição de comportamento extraída interpretativamente ‘em abstrato’ do texto normativo). Colhem-se os seus pressupostos: a permissão concedida por interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo, e a proibição juridicamente concreta ‘descoberta’ pelo juiz, sem lastro direto na interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo.

Analisa-se o papel de ‘atalho’ justificatório oferecido pelo discurso de abuso de direitos, e as exigências para que o atalhamento esteja em conformidade com o Estado de Direito e não acabe significando um paradoxal aumento do caminho de justificação a ser trilhado pelo juiz — o que implica conferir transparência sobre a qual dos abusos (o abuso é apenas um ‘conceito reunidor’) refere-se o juízo.

Investigam-se (e criticam-se) as recepções realizadas pela Ciência Jurídica brasileira das tradições franco-belga e alemã do abuso.

O assunto tratado nesta seção proverá as bases para a compreensão do fenômeno de origem civilista que foi aproveitado pela teoria dos direitos fundamentais, bem como de seus limites dogmáticos.

1.1 A noção geral de abuso de direito

Nesta subsecção, explora-se a dogmática¹² civilista do abuso de direitos, a fim de

¹² No particular, é importante destacar que a concepção de ‘dogmática’ aqui adotada é, em certo sentido, ‘não dogmática’ (se por ‘dogmatizar’ puder entender-se também ‘absolutizar’, um sentido apresentado explicitamente, por exemplo, por António Castanheira Neves (1983, p. 473)). É um sentido ‘não dogmático’ de dogmática como o presente na construção de Friedrich Müller (2013, p. 420, tradução nossa): “A dogmática aparece aqui como um modo indispensável (dentre outros, todos também indispensáveis) de estilização de pontos de vista jurídicos: não como uma instância monolítica à qual os outros juscientistas e juristas práticos deveriam, se possível, apegar-se, mas como um arsenal conceitual aberto à discussão e ele próprio concebido na discussão de uma certa classe de argumentos jurídicos [*Dogmatik erscheint hier als eine unverzichtbare (unter anderen, ebenso unverzichtbaren) Art der Stilisierung juristischer Gesichtspunkte: nicht als eine blockhaft gefügte Instanz, der sich andere Rechtswissenschaftler und praktische Juristen tunlichst anschließen haben, sondern als der Diskussion geöffnetes, selbst in Diskussion begriffenes Arsenal für eine bestimmte Klasse juristischer Argumente*]”. Essa é, de modo geral, também a concepção de Rolf Stürner (2012, p. 10-17, tradução nossa), muito embora este autor faça uma didática distinção entre uma “dogmática de utilização [*Gebrauchsdogmatik*]” — que permite ‘atalhar’ as decisões, sem necessidade de recurso cotidiano aos princípios mais fundamentais — e uma “dogmática científica [*wissenschaftlicher Dogmatik*]” — que explora completamente todo o sistema, desde os princípios mais fundamentais até os casos mais singulares. Assim, ao mesmo tempo em que capta a sabedoria milenar e coloca-a a serviço do desenvolvimento do Direito, leva também de volta aos princípios fundamentais, pensando as coisas “até o fim”. A prática tende a rejeitar esse último modo de proceder, preferindo orientar-se pela “sabedoria ‘coagulada’ [*geronnene Weisheit*]” na dogmática de utilização (STÜRNER, 1991, p. 505, tradução nossa). No entanto, os ‘casos especiais’ a que se refere Stürner — onde certamente se encontram os de abuso — exigem uma aplicação consistente da dogmática científica, não apenas da dogmática de utilização — como se verá na Seção 4.1.3. A dogmática de abuso classifica-se naquilo que Castanheira Neves (1993, p. 23-24) qualifica como uma compreensão crítica da juridicidade em crise. Em termos bastante práticos: se a dogmática jurídica é o “modo científico de resolver casos concretos” de modo justo — como o diz António Menezes Cordeiro (2019) —, a dogmática de abuso é o modo científico de resolver casos concretos além do limiar de compreensão da juridicidade pela metódica clássica. Tobias Leidner (2019, p. 130, tradução nossa), muito pragmaticamente, considera que: “A metódica descreve as possibilidades de um operador jurídico de chegar a um resultado jurídico. A dogmática, por outro lado, trata da questão de se a possibilidade metódica escolhida pelo operador jurídico pode ser admitida também dentro do sistema jurídico atual [*Methodik beschreibt die Möglichkeiten eines Rechtsanwenders, ein rechtliches Ergebnis herauszuarbeiten. Dogmatik beschäftigt sich dagegen mit der Frage, ob die vom Rechtsanwender gewählte methodische Möglichkeit auch innerhalb des aktuellen Rechtssystems zugelassen werden kann*]”. Essa distinção extremamente simplificadora (portanto útil para fim didático) é retirada explicitamente de Axel Adrian (2009, p. 83-94), para quem, *grosso modo*, de maneira funcional, o método é procedimento, enquanto a dogmática é conteúdo. Com isso, pode-se dizer, por exemplo, que “qualquer metodologia jurídica depende da concepção de Direito que lhe subjaz” (LARENZ, 1997, p. 4) — ou, em um exemplo mais concreto: a escolha de um método que privilegie o cânone gramatical (e o próprio cânone gramatical também deve sê-lo) deve ser justificada, dentre outras, pela dogmática da separação de poderes, com prevalência do papel legislativo na criação do Direito. É correta e relevante, assim, a observação de Christine Mingam e Astrid Duval (1998, p. 544, tradução nossa): “Se a matéria [abuso de direito] foi, portanto, fonte de controvérsia e disputa doutrinária, e se é considerada por alguns como ‘comprometedora’, é porque não se limita a considerações de pura técnica jurídica, mas, ao contrário, envolve escolhas filosóficas e políticas [...] [*Si la matière fut ainsi source de controverses, de joutes doctrinales, si elle est jugée par certains ‘compromettante’, c’est donc parce qu’elle ne se limite pas à des considérations de pure technique juridique mais, au contraire, met en jeu des choix philosophiques et politiques*]”. A metódica jurídica tematiza a filosofia do Direito, como afirma Karl Larenz (1997, p. 341-342). Nada obstante, não se pode concordar com a concepção restritiva de metódica, de Leidner (2019, p. 178-189) — que desenvolve sua teoria sob os influxos da doutrina estruturante do Direito de Müller —: esta relacionar-se-ia estritamente à interpretação do texto normativo legal ou constitucional (como ponto de partida para a aplicação/concretização). Se é verdade que, ao afirmar um abuso, o juiz “viola os dados sobre os quais se baseia o método e a cunhagem fundamental do sistema juspositivista” (no original: “quando afferma l’abuso l’interprete — invocando un’istanza superiore alla lettera della legge, ma non per questo estranea alla legge — supera non solo la lettera della disposizione permissiva ma anche la disposizione stessa: disapplica la legge. Viola così il dato fondante del metodo e il coniano fondamentale del sistema

encontrarem-se os pontos em comum que permitam delinear-se uma noção basal. Vale aqui, porém, a advertência de Aurelio Gentili (2012, p. 28, tradução nossa¹³): “Já é difícil estabelecer o significado em linguagem ordinária de um termo [abuso] que não tem sinônimos. É ainda mais difícil estabelecer em linguagem técnica”.

O termo ‘abuso’, em utilização coloquial¹⁴, denota qualquer uso inadequado ou excessivo de um meio que, de modo geral, é tido como legítimo para atingimento de finalidade também legítima. O dicionário cita diversos usos, exemplificando-os: “Os juízes de futebol não podem *abusar de sua autoridade*” — porque a autoridade a si conferida deve ser usada para dar bom andamento ao jogo, não para satisfação pessoal do árbitro —; “As crianças em geral *abusam da atenção* dos adultos” — uma vez que a atenção que lhes é devida é para o seu bem, não para a perturbação de seus cuidadores; e muitos outros casos (ABUSO, 2015, grifo nosso).

giuspositivistico”) (GENTILI, 2012, p. 322, tradução nossa) — i. é: o abuso é ametódico, se se considera apenas a metódica juspositivista ‘clássica’ —, não o é menos que o “reconhecimento do abuso dependerá [...] dos pressupostos metodológicos [dogmaticamente subjacentes] de seu observador [*La reconnaissance de l’abus dépendra donc des pré-supposés méthodologiques de son observateur*]” (ECK, 2005, p. 23, tradução nossa). O abuso pressupõe que o Direito pode ser criado pelo juiz sem imputação necessária da norma criada/desenvolvida a um texto normativo legal ou constitucional — *rectius*: contra toda interpretação possível do texto normativo legal ou constitucional (RUDNIK, 2019, p. 81), caso contrário o ‘abuso’ resolver-se-ia em mero problema de interpretação —, e exatamente por isto é objeto da aguda crítica de Müller (cf. Seção 2.4.1.1). Ao não admitir uma metódica que não a de imputação ao texto normativo legal ou constitucional (LAUDENKLOS, 2017, p. 430), Müller não reconhece o abuso como mecanismo jurídico legítimo. Contrariamente a Müller, portanto, há que se reconhecer que pode existir método mesmo fora dos limites da estrita interpretação do texto normativo legal ou constitucional — é o que fazem, por exemplo, Stürner e Ralf Seinecke (2017, p. 41, tradução nossa), em sua definição bem mais abrangente: “Regras metódicas são condições de possibilidade de um Direito que se baseie em regras [quaisquer regras, não necessariamente positivadas em texto de lei ou da constituição] e não em decisões situacionais [*Unsere Verfassung gibt Methodenregeln auf, auch wenn sie diese nicht ausdrücklich als solche formuliert. Methodenregeln sind Bedingungen der Möglichkeit eines Rechts, das auf Regeln setzt und nicht auf situatives Entscheiden*]”; e, de maneira ainda mais clara, Larenz (1997, p. 522-524, grifo nosso): “O desenvolvimento judicial do Direito precisa de uma fundamentação levada a cabo metodicamente se se quiser que o seu resultado haja de justificar-se como ‘Direito’, no sentido da ordem jurídica vigente”; “para o desenvolvimento do Direito superador da lei, [...] têm que valer outros critérios, os quais já não podem inferir-se só da lei, mas da ordem jurídica como um todo de sentido”. Nestes termos, o abuso de direitos é, definitivamente, tanto uma questão metódica (desde que, por metódica, não se prenda à estrita interpretação de texto normativo legal ou constitucional ou ao processo de imputação da norma criada/desenvolvida no caso concreto a esse texto normativo), como uma questão dogmática (que deverá tratar da admissibilidade da metódica adotada pelo jurista). Assim, pode-se falar, por exemplo, em um método de abuso que o associe à violação da boa-fé, e em uma dogmática de abuso que questione a admissibilidade desse método (especificamente, dos grupos de casos em que concretizada).

¹³ “E già difficile stabilire il senso nel linguaggio ordinario di un termine che non ha sinonimi. Più difficile ancora stabilirlo nel linguaggio tecnico”.

¹⁴ Raluca Ionescu (2009, p. 310) observa, de maneira pertinente, que ‘*abuti*’, em latim (de onde se derivou a clássica expressão latina até hoje utilizada ao se tratar da propriedade: *ius abutendi*), não significava abusar no sentido em que desenvolvidas as doutrinas do abuso de direitos. Ao contrário: denotava tão somente um poder de uso intenso da coisa, a possibilidade de exploração até o esaurimento (TULLIO, 2015, p. 12). Como se verá adiante (cf. Seção 2.1.1), os romanos não poderiam ter cogitado algo como o abuso é hoje compreendido, porque não eram capazes de pensar em termos de direito subjetivo (i. é: em algo como prerrogativas pertencidas por determinados titulares).

Já em linguagem técnica, na CRFB (BRASIL, 1988), trata-se de maneira não muito diferente do “abuso de autoridade” (art. 103, § 4º, IV), do “abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, *a*, LXVIII e LXIX; art. 14, § 10; art. 173, § 4º), do “abuso do exercício de função, cargo ou emprego” (art. 14, § 9º; art. 37, § 3º, III), do “abuso de prerrogativa” (art. 55, § 1º). Nestes quatro casos, os meios legítimos — a autoridade, o poder, o exercício funcional e a prerrogativa — são utilizados para fins ilegítimos, portanto são ilícitos¹⁵. De referência mais complexa, diz-se “abuso [...] sexual” (art. 227, § 4º) não o uso ilegítimo do sexo, mas a incorreção da utilização do poder de alguém sobre outrem para um fim ao qual não se deveria prestar o meio por si só legítimo.

Essa concepção finalista do abuso permeia uma grande gama de orientações das doutrinas do abuso, as quais surgiram com suporte na literatura e jurisprudência francesas em reação aos exageros que adviriam de uma interpretação desmesuradamente individualista do Código Civil outorgado sob o governo de Napoleão Bonaparte, em 1804 — em especial do seu art. 544 (“A propriedade é o direito de fruir e dispor das coisas da maneira mais absoluta [...]”) (FRANÇA, 1804, tradução nossa¹⁶).

Porém, a CRFB trata também do abuso de direito (art. 9º, § 2º), e isso causa alguma perplexidade: qual é a finalidade legítima do exercício dos direitos em geral, ou de um direito específico? Quais são os limites de uma utilização legítima? O uso da noção coloquial (finalista) de abuso enfrenta algumas dificuldades, quando transposta para a linguagem técnica dos direitos, e boa parte da Ciência Jurídica rejeita essa abordagem funcional — que chega mesmo ao ponto de transformar direitos em puras e simples funções de um afirmado ‘interesse social’, extirpando deles completamente sua função individual.

Não se deve, contudo, rejeitar a noção jurídica de abuso apenas por esse motivo: muito embora aparentemente predominante, essa abordagem finalista não é a única

¹⁵ A ilicitude é entendida, nesta tese, de forma ampla, tal como descrita por Judith Martins-Costa (2008, p. 69 et seq.): como contrariedade ao Direito. Isso pressupõe considerar o Direito um código binário lícito/ilícito, sendo lícito o “conforme ao Direito”, e ilícito o “não conforme ao Direito” (NEVES, M., 2019a, p. 88). Nesse sentido, é possível — desde que se admita uma interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo — especificarem-se a ilegalidade e o abuso como espécies do gênero ilicitude (antijuridicidade). Não há que se confundir essa concepção de ilicitude com a que a associa estritamente à responsabilidade civil. Com este mesmo sentido, Giorgio Pino (2006, p. 6) refere-se ao abuso como ato antijurídico, diferenciando-o do ato ilícito ‘em sentido técnico’ (aquele ligado à responsabilidade civil). Essa remissão à antijuridicidade deve considerar a particularidade do abuso: ele não é penalizado *per se*, muito embora não mereça proteção jurídica (cf. Seção 3.1.4).

¹⁶ “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

possível. O que é relevante, para delineamento mínimo de uma concepção técnico-jurídica, é encontrarem-se, na linguagem utilizadas por juristas — adotem eles ou não uma concepção finalista dos direitos —, os pressupostos de seu uso na prática. Muito embora divirjam em muitos aspectos, há um traço essencial em quase todas as doutrinas civilistas: a natureza ilícita atípica do abuso.

Neste contexto, é especialmente importante diferenciar o abuso de direito de outra ‘noção abusiva’: o abuso de poder (desvio de poder). Nas diferenças, encontra-se a reafirmação da característica essencial muitas vezes não percebida na jurisprudência brasileira.

1.1.1 *Admissão pela literatura do abuso como ilicitude atípica*

As doutrinas do *abus de droit* surgiram como resultado de um trabalho realizado conjuntamente pelas literatura e jurisprudência francesas e belgas (ANCEL; DIDRY, 2001, p. 55). Lucien Campion (1925, p. 261 et seq.), no início do Século XX, já identificava “três fases da teoria” do abuso: (1) a inconsciente e fragmentária, em que teriam sido adotados elementos intuitivamente orientados à superação do individualismo pós-Revolução Francesa, mas ainda sem nenhuma sistematização; (2) a construtiva, na qual já se buscaram sistematizar as fontes jurisprudenciais em uma “teoria”; e (3) a moderna, de expansão dos “princípios sistematizados” para outras áreas do Direito. Ao contrário do que parece sugerir Campion, contudo, o avanço à terceira fase não significou um esgotamento das duas primeiras: no estágio de expansão (agora, por exemplo, assiste-se ao aproveitamento da noção de abuso pela teoria dos direitos fundamentais), persistem ainda muitas questões de sistematização teórica não resolvidas pelas doutrinas civilistas do abuso.

Esta subseção enfoca na primeira e na segunda fases a que se refere Campion, a fim de estabelecer-se uma base sólida sobre a qual se possam discutir os aspectos essenciais do que, na linguagem técnico-jurídica da fase expansiva, intitula-se abuso de direitos (inclusive de direitos fundamentais).

É necessário, ainda, distinguirem-se dois modos de ‘construção’ da teoria (dentro da segunda fase, na classificação de Campion): um que realiza esforço de dogmatização incipiente (ainda ametódico), e outro que promove a sistematização periférica do abuso. Este trabalho destaca a imprescindibilidade da dogmatização metódica, por meio da formulação de grupos de casos, a partir da sistematização dos influxos periféricos

(entendidos estes como qualificações concretas de comportamentos como abusivos).

1.1.1.1 Fase inconsciente

Diz-se que são ‘inconscientes’ aquelas doutrinas que se limitam a afirmar como o abuso é intuitivamente percebido: ou como um elemento genericamente orientador da aplicação dos textos; ou como o exercício apenas aparente de um direito; ou como um exercício que gera prejuízo não juridicamente exigível de outrem. Não há nenhum desenvolvimento metódico das questões obviamente colocadas ainda neste primeiro momento (de que forma o abuso orienta a aplicação dos textos?; por que um determinado comportamento é apenas direito aparente, mas não direito ‘real’?; como identificar o nível de tolerância juridicamente exigível de outrem, quanto aos efeitos do exercício de um direito?).

Um bom exemplo da dogmatização que permanece no primeiro nível é a feita por Ambroise Colin e Henri Capitant (1914, p. 765, tradução nossa¹⁷): o abuso “regula e controla a aplicação de textos positivos”. Se fosse considerada suficiente, essa definição faria com que a noção fosse um método vazio: regula-se e controla-se como? O que deve fazer o julgador, ante o caso concreto, provido unicamente da noção de abuso assim enunciada? Em especial: de que maneira age diferente o aplicador do Direito que considera sempre a possibilidade (intuição) de abuso, se comparado àquele que a nega?

Também René Demogue (1923, p. 365, tradução nossa¹⁸) limita-se a afirmar que o abuso é “apenas uma categoria especial entre os atos ilícitos: a de atos que se ocultam sob a aparência do uso de um direito”. O abuso, aqui, é só o nome que se dá à conclusão de ilicitude (o comportamento apenas aparentemente adscritível a um texto normativo concessivo de direito) — a qual não se pode chegar pela própria aplicação da noção.

Na doutrina brasileira, semelhante observação pode ser feita em relação ao trabalho de Jorge Americano (1932, p. 30), que considera serem abusivos os comportamentos que “embora ilícitos, procedem do próprio direito, ou por uma falsa noção que dele temos ou pela desmedida extensão que lhes damos, consciente ou inconscientemente”. Em suma, para Americano (1932, p. 40), o abuso é “modalidade especial do acto illicito [*sic*]

¹⁷ “C’est une règle consacrée, non par la loi écrite, mais par la coutume, laquelle a force de loi, nous l’avons vu, en tant qu’elle règle et contrôle l’application des textes positifs, que les droits appartenant à des particuliers doivent être exercés sans excès, d’après leur destination naturelle et d’une façon normale, eu égard à l’état général des mœurs et des relations sociales”.

¹⁸ “Il est plus exact de dire qu’il y a seulement parmi les actes illicites une catégorie spéciale : celle des actes se dissimulant sous l’apparence de l’usage d’un droit”.

exatamente porque se acoberta num direito exercido pelo agente”. Não há nenhuma orientação sobre como se chegar à conclusão de ilicitude, no caso concreto: só se descobre que houve abuso depois que se conclui ter havido o ilícito.

Já Lucas Amato (2013, p. 57) enxerga duas “situações” de abuso: comportamentos ou que visam apenas ao prejuízo de outra pessoa; ou que geram “desutilidades” ou desvantagens a outrem que não está “juridicamente obrigado a aceitá-las”. A ressalva quanto à obrigação de aceitação de um certo nível de perturbação tem que aplicar-se também à primeira “situação” exposta por Amato: é o caso, por exemplo, do direito a promover-se um boicote (cf. Seção 4.3.1): pouco importa que o promotor tenha como objetivo tão somente prejudicar o boicotado; o que interessa saber é unicamente se este último tem a “obrigação” de tolerar — i. é: se está “juridicamente obrigado” a aceitar — o boicote. Todo exercício de direito gera alguma perturbação a ao menos alguma outra pessoa (no mínimo, há uma redução da liberdade física de impedir esse mesmo comportamento), então a remissão genérica do abuso à inexigibilidade da tolerância nada acresce metodicamente. Até que se apresentem os parâmetros de identificação do nível de tolerância juridicamente imposto — o que Amato não faz —, essa abordagem deve ser qualificada como ametódica.

Cite-se ainda a definição dada por Jorge Manuel Coutinho de Abreu (1983, p. 43), segundo quem o abuso decorre de três elementos: um comportamento que aparentemente é o exercício de um direito; que não realiza interesses pessoais; e que nega interesses sensíveis de outrem. Não há nenhuma orientação para a eventual qualificação de “[mera] aparência de direito” a um comportamento: o que faz ele ser um exercício apenas aparente (e não efetivo) de um direito? Esse é, aliás, o fio condutor da viragem para a segunda fase, ‘construtiva’.

1.1.1.2 Fase construtiva de dogmatização incipiente

Há uma grande uniformidade doutrinária na concepção de que abuso não é o exercício — propriamente dito — de um direito, mas se reveste dessa aparência. O comportamento abusivo, não obstante situar-se dentro dos ‘limites linguísticos’ da previsão normativa (e é precisamente isto que lhe confere aparência de exercício legítimo), é concretamente qualificado como ilícito.

Como se chega, porém, a essa conclusão de antijuridicidade concreta? Giorgio Pino

(2006, p. 2, tradução nossa¹⁹, grifo nosso) bem resumiu: o problema do abuso pode ser “considerado como uma hipótese em que a atribuição de um determinado direito, realizada de forma geral e abstrata pelo sistema jurídico, [...] acaba determinando uma situação que o sistema não deveria tolerar (em vista de *algum critério de valoração*)”. Uma dogmática adequada do abuso pressupõe, portanto, critérios de valoração.

Entende-se que são dogmaticamente incipientes as concepções que conseguem conferir autonomia dogmática ao abuso ante o ilícito ‘típico’ — i. é: comportamento não subsumível à interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo permissivo —, porém são ainda incapazes de fornecerem critérios de valoração suficientemente densos para a sua identificação no caso concreto.

Essa percepção de ilicitude atípica é perceptível desde cedo nas doutrinas do abuso. Ernest Porcherot (1901, p. 215, p. 106 apud CHARMONT, 1902, p. 414-416, tradução nossa²⁰, grifo nosso), no primeiro ano do século XX, em sua tese germinal *De l'abus du droit*, já dizia que “alguém abusa do seu direito quando, *permanecendo dentro de seus limites*, almeja um objetivo diferente daquele que tinha em vista o legislador”, e que “a responsabilidade não surge do fato de eu ter excedido os limites do meu direito, uma vez que o exerço conforme estabelecido por lei e permaneço nos *limites atribuídos a ele por regras positivas*”.

Também Georges Cornil (1924, p. 99, tradução nossa²¹, grifo nosso), no primeiro quarto do século passado, já concluía que o uso abusivo é o que “na realidade sai dos limites do direito, enquanto *parece permanecer dentro dos limites da definição* imperfeita desse direito”.

Na primeira doutrina espanhola do abuso, José Calvo Sotelo (1917, p. 113-115, tradução nossa²², grifo nosso), há mais de cem anos, já qualificava como abusivo o

¹⁹ “Il problema dell’abuso del diritto può essere considerato dunque come una ipotesi in cui l’attribuzione di un certo diritto, effettuata in via generale ed astratta dall’ordinamento, finisce per disattendere nel caso concreto le finalità che la giustificano, o comunque finisce con il determinare una situazione che l’ordinamento non dovrebbe tollerare (in considerazione di qualche criterio di valutazione)”.

²⁰ “[...] on abuse de son droit quand, restant dans ses limites, on vise un but différent de celui qu’a eu en vue le législateur. [...] la responsabilité ne naît pas du fait que j’ai excédé les limites de mon droit, puisque je l’exerce tel qu’il est établi par la loi et que je reste dans les limites qui lui sont assignées par des règles”.

²¹ “[...] si un droit est imparfaitement défini, il se conçoit qu’il soit fait de ce droit mal défini, un usage abusif, qui sorte en réalité des limites du droit, tout en paraissant rester dans les limites de la définition imparfaite de ce droit”.

²² “Cabe muy bien actuar nuestros derechos subjetivos conforme al derecho legal, pero contra la equidad, las buenas costumbres, la moral o el derecho natural [...] pese a su absoluta legalidad externa, ofreciese, sin embargo, cierta anomalía [...]”.

comportamento em conformidade ao “direito legal” (o “uso de um *direito objetivamente legal*” em “absoluta legalidade externa”), mas com “certa anomalia” (CALVO SOTELO, 1917, p. 130, tradução nossa²³).

A despeito das citações acima, atribui-se a Louis Josserand²⁴ (1939, p. 17-18, tradução nossa²⁵, grifo nosso) o passo mais firme em direção a esta segunda fase, ‘construtiva’. Foi ele quem expôs, de maneira mais clara, que o abuso violaria o “espírito da instituição”, enquanto a falta de direito extrapolaria a “*fronteira objetiva do direito*” decorrente do texto da lei. Dessa distinção decorre a sua controversa qualificação de alguns direitos como ‘não causados’²⁶: nestes, os limites objetivos — hoje ditos ‘externos’ (IONESCU, 2009, p. 326) — já seriam tão detalhados, que não haveria margem para qualquer outro questionamento de licitude sobre o comportamento. É o caso, por exemplo, do corte de árvore que cresce fora dos limites do terreno vizinho (JOSSE RAND, 1939, p. 416). É de Josserand (1939, p. 265, tradução nossa²⁷) a célebre frase: “a letra mata, e só o espírito vivifica”²⁸.

Wolfgang Siebert (1935, p. 203-209, tradução nossa²⁹, grifo nosso) representa um caso raro de influência francesa na Ciência Jurídica alemã. Declaradamente na linha de

²³ “[...] *será abuso del derecho el uso de un derecho, objetivamente legal, que ocasiona un daño en forma inmoral o antisocial*”.

²⁴ A primeira edição de seu *De l'esprit des droits et de leur relativité* é de 1927. Nesta tese, cita-se a sua segunda edição: JOSSE RAND, 1939.

²⁵ “[...] *les frontières objectives du droit de propriété ont été dépassées et non point seulement les limites subjectives; ce n'est pas l'esprit de l'institution qui a été méconnu mais bien le texte même de la loi [...]*”.

²⁶ ‘non causées’.

²⁷ “[...] *la lettre tue, et seul l'esprit vivifie*”.

²⁸ Muitos anos mais tarde, e mesmo em outra cultura jurídica, Heinrich Henkel (1958, p. 25, tradução nossa) reformulará esse pensamento, ao afirmar que: “O legislador tem apenas o ‘conceito’ à sua disposição como meio de legislar; mas isto, na medida em que combina as características dos fenômenos da vida em uma estrutura de pensamento ou essência, necessariamente abstrai, desconsidera as individualidades dos objetos tomados e ‘conceitualizados’. O conceito ‘mata’ [...] inevitavelmente a vida peculiar do singularmente real [Dem Gesetzgeber steht als Mittel seiner Rechtsetzung nur der ‚Begriff‘ zur Verfügung; dieser aber ist, indem er die Merkmale von Lebenserscheinungen zu einem Denk- oder Wesensgefüge zusammenfaßt, notwendig abstrahierend, absehend von den Individualitäten der ergriffenen und ‚begriffenen‘ Gegenstände. Der Begriff ‚tötet‘ - wie sehr treffend bemerkt worden ist) - ganz zwangsläufig das eigentümliche Leben des einmalig Wirklichen]”.

²⁹ “Diese Fälle der verdeckten, eist im einzelnen Falle sichtbar werdenden konkreten Gestaltung des Rechtsinhalts sind die eigentümlichen Fälle des Rechtsmißbrauchs. Auch der Rechtsmißbrauch ist daher in Wahrheit Rechtsüberschreitung, ein Handeln ohne Recht. Er unterscheidet sich aber von den anderen ‚einfacheren‘ Fällen der Rechtsüberschreitung eben dadurch, daß hier die das Recht überschreitende Handlung zunächst von dem Schein des Rechts gedeckt wird. Daß es überhaupt zu einem solchen Zwiespalt zwischen dem scheinbaren (‚formellen‘) und dem wahren (‚materiellen‘) Inhalt eines Rechts kommen kann, hängt mit der abstrakt-typischen Fassung der Rechtssätze zusammen., die sich gesetztechnisch niemals ganz vermeiden lassen wird. [...] Diese auf Interesse und Interessenschutz bei dem einzelnen Recht aufbauende Methode [...] hat damit Notwendigkeit und Weg einer Auflockerung gegenüber logisch-abstrakter Gesetzesauslegung überzeugend dargetan. [...] Abstraktion ist praktisch eine Flucht in starre Formen; Konkretisierung ist mutiges Hineinsteilen in das Leben”.

Josserand, ele observa que “a abstração é praticamente uma fuga para formas rígidas; a concretização é um envolvimento corajoso na vida” — quase uma tradução para o alemão do “*la lettre tue, et seul l'esprit vivifie*” de Josserand. Para Siebert, o abuso é uma transgressão mais complexa dos limites do direito, porque é “a princípio, coberto pela aparência da lei” — o que expõe uma dicotomia entre o “*conteúdo aparente ('formal')*” e o verdadeiro (“material”), estando aquele ligado à “formulação típica-abstrata das proposições legais”.

Tanto Josserand como Siebert adotam uma abordagem do abuso como desvio de finalidade — i. é: o critério para qualificar-se um comportamento como abusivo decorre da confrontação da finalidade (psicológica ou presumidamente) perseguida pelo titular do direito com a finalidade em razão da qual o direito foi-lhe concedido. Nessa linha finalista, podem-se citar ainda uma amplo leque de autores, tanto estrangeiros — como José Martin Bernal (1979, p. 446), Hans Kudlich (1998, p. 103), Annekatrien Lenaerts (2010, p. 1122) e Vitto Velluzzi (2019, p. 324) — como brasileiros — Alvino Lima (1956, p. 26-40) e Thiago Rodovalho dos Santos (2009, p. 134) —, todos com considerações semelhantes: o direito tal como interpretado ‘em abstrato’ a partir do texto normativo não se concretiza por violação à finalidade metaindividual em razão da qual se concedeu o direito (isto é tratado com mais aprofundamento na Seção 1.3.1.2).

Essa caracterização do abuso como ilicitude atípica, contudo, não é exclusiva das correntes finalistas. Um autor como Rui Stoco (2002, p. 67), para quem só há abuso se houver intencionalidade danosa (mais sobre isto na Seção 1.3.1.1), entende que o ato abusivo distingue-se do ato ilícito (em sentido estrito) apenas por sua “morfologia ou aspecto formal”.

Entendendo o abuso como desproporção entre vantagens e prejuízos (esta abordagem é tratada na Seção 1.3.1.3), Jean Zuylen (2011, p. 316, tradução nossa³⁰) enxerga-o como qualificação de um comportamento que não excede “os limites ‘formais’, ‘aparentes’ ou ‘externos’ do referido direito”. Considerações semelhantes são apresentadas por Pino (2006, p. 10) — inclusive concluindo que a tipificação legal é um elemento eliminador da possibilidade de abuso (PINO, 2006, p. 22) —, e por Thierry Léonard (2004, p. 832 et seq.).

³⁰ “[...] le dépassement des limites ‘formelles’, ‘apparentes’, ou encore ‘externes’ dudit droit ne relève donc pas de la théorie de l’abus dans la mesure où il constitue une illégalité pure et simple qui sera soumise, le cas échéant, au contrôle complet du juge”.

Jean Dabin (1955, p. 337-338, tradução nossa³¹), que vê o abuso como transgressão moral, entende que o legislador delimita direitos subjetivos “em abstrato” (ultrapassados os quais há ilegalidade), enquanto o juiz “aporta aos direitos de cada um [...] as limitações que pode requerer o bem geral da comunidade” (configuradoras do abuso) — motivo por que o ‘abuso’ positivado transforma-se imediatamente em ilegalidade, “ainda que o legislador tenha considerado em seu texto a expressão de ‘abuso’”. Na mesma linha de orientação, Luis Andorno (1982, p. 15), Enrique Cuentas Ormachea (1997, p. 466), e, na doutrina brasileira, Paulo Dourado de Gusmão (2006, p. 245-248). Todos confrontam expressamente o plano jurídico — onde se estabelecem a licitude e a ilicitude aqui intituladas “típicas” — com o plano moral — em que se localizaria o abuso (ilicitude atípica, portanto). Isto será aprofundado na Seção 1.3.1.2.2.

Também autores que veem o abuso especificamente como injustiça (um refinamento da abordagem moral) reconhecem que a sua ilicitude é atípica. Luis Alberto Warat (1969, p. 48) caracteriza o abuso como técnica para impedir a legitimação de condutas que, a despeito de antissociais, revestem-se da aparência de exercício de direito conferida pela fiel observância dos textos legais. Para Warat (1969, p. 56-58, tradução nossa³²), seria abusivo tudo e apenas o que fosse permitido por expressa disposição legal, porém simultaneamente proibido por sua “justiça intrínseca”, revelada por “princípios metajurídicos”. Portanto toda limitação estabelecida em lei teria que ser alheia à ideia de abuso (WARAT, 1969, p. 84). Observações afins são encontradas em Christoph Knödler (2000, p. 169) — inclusive entendendo ser o abuso um instituto jurídico subsidiário, aplicável apenas quando não há norma específica proibitiva (KNÖDLER, 2000, p. 257) —, e em Lino Rodriguez-Arias (1971, p. 46, p. 109).

Dentre os que consideram o abuso uma violação da boa-fé objetiva (sobre isto, Seção 1.3.2.2), tem-se, por exemplo, Hans-Ulrich Gallwas (1967, p. 11-12), que, ao recepcionar na teoria dos direitos fundamentais a noção civilista de abuso, caracteriza-a como sendo a divergência entre o conteúdo aparente do direito — aparência que resulta da

³¹ “*El papel del legislador, en la tarea de delimitación de los derechos subjetivos, y, en su caso, el juez, es aportar a los derechos de cada uno, considerados in abstracto, las limitaciones que puede requerir el bien general de la comunidad. [...] la teoría del abuso de derecho se refiere no al legislador; sino al titular del derecho y al juez. Por eso es inexacto presentar como otras tantas ilustraciones legislativas de la noción de abuso los textos dictados con el fin de atender a algún ‘abuso’ de un derecho*”.

³² “*En primer término, tenemos como elemento constitutivo del Abuso del Derecho ‘la existencia y el ejercicio de un acto o su omisión, permitidos dentro del derecho positivo, en virtud de una expresa disposición legal’.* [...] *El Abuso del Derecho [...] sólo tiene aplicación cuando se ejecuta un acto jurídicamente lícito, conforme a disposiciones legales vigentes, pero cuya justicia intrínseca es socialmente objetada [...]*”.

interpretação da redação da “norma” (do texto normativo) — e o verdadeiro conteúdo do direito. A posituação da proibição de um comportamento seria, assim, a eliminação da aparência de direito, tornando o abuso logicamente impossível (GALLWAS, 1967, p. 29). Da mesma maneira, Fabrizio Piraino (2013, p. 87) e Tanja Rudnik (2019, p. 81).

No grande grupo das concepções holísticas de abuso — i. é: abuso como conformidade ao direito, mas violação do Direito³³ —, também se o qualifica como ilicitude atípica. Carlos Fernández Sessarego (1992, p. 151-152, tradução nossa³⁴), por exemplo, distingue entre o “ilícito em sentido estrito” (que contraria uma “concreta norma legal”) do “ilícito em sentido amplo” (comportamento que, a despeito de estar em “consonância formal e aparente com uma determinada norma”, viola o “princípio geral da vedação ao abuso”) — acrescentando a observação de que, se positivado, o ‘abuso’ desaparece (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 136-137). Com entendimentos semelhantes, Carla Cosentino (2018, p. 150) e Tobias Leidner (2019, p. 159).

Essa abordagem holística tem muito prestígio na doutrina brasileira. Pedro Modenesi (2010, p. 328-329) sustenta que o abuso, diferentemente do ilícito (em sentido estrito), não contraria “específica proibição normativa”. Também Bruno Miragem (2011, p. 4) distingue as violações de “preceito normativo” (para ele, os ilícitos) daquelas de

³³ Neste grande grupo, inserem-se todas as abordagens inespecíficas, desde que não resvalam para o juízo moral. As concepções holísticas no Direito são, de modo geral, extremamente problemáticas, como o demonstra Friedrich Müller (2007b, p. 153-155, tradução nossa, grifo nosso): “O todo tem se distinguido da soma dos elementos desde tempos imemoráveis. Deve ser mais, ou, de modo mais preciso, deve significar mais do que a soma de suas partes [...] Frequentemente, porém, este ‘mais’ é a comporta através da qual são dadas rédeas livres a afirmações incontroláveis. [...] O fato de que o todo, na medida em que é trabalhado, pode ser demonstrado ‘mais cedo’ em relação à parte caracteriza desvantajosamente o método de trabalho utilizado neste processo: aquilo que é postulado, a antecipação holística sem suporte de etapas individuais normativas, dogmáticas e metodológicas. [...] A *integralidade* — entendida como o conjunto de todas as propriedades de uma coisa e de todas as relações entre suas partes, portanto como uma totalidade — não é cientificamente investigável. A ciência é relegada à escolha de aspectos singulares de um todo e ao trabalho neles [Das Ganze wird seit alters von der Summe der Elemente unterschieden. Es soll mehr sein, genauer: mehr bedeuten als die Zusammenfassung seiner Teile. [...] Oft ist dieses ‚Mehr‘ aber die Schleuse, durch die sich unkontrollierbare Behauptungen freie Bahn schaffen. [...] Daß das Ganze, soweit mit ihm gearbeitet wird, als gegenüber dem Teil „früher“ ausgewiesen werden kann, kennzeichnet die dabei angewandte Arbeitsmethode nachteilig: das Postulatorische, den durch normative, dogmatische und methodische Einzelschritte ungestützten ganzheitlichen Vorgriff. [...] tragen ganzheitliche Argumente auch in der heutigen Praxis und Diskussion die politische Absicht auf der Stirn geschrieben. Sie scheitern vor allem daran, daß Ganzheiten — als Gesamtheit aller Eigenschaften einer Sache und aller Relationen zwischen ihren Teilen, somit als Totalität gefaßt — wissenschaftlich nicht untersuchbar sind]”.

³⁴ “Lo ilícito es, en sentido estricto, lo que va contra una concreta norma legal. En sentido amplio, lo ilícito no queda atrapado ni se agota únicamente en la malla de la positividad, sino que supone la violación de ‘algunas de las disposiciones de carácter superior y difuso que están en la base del ordenamiento social’. Acto ilícito es así no sólo aquella conducta que contradice un artículo concreto del ordenamiento positivo sino aquel comportamiento que, aun encontrándose en consonancia formal y aparente con una determinada norma, resulta contrario a lo prescripto en los principios generales del derecho que impregnan e informan la totalidad del sistema jurídico”.

elementos não expressos de modo específico na “norma” (os abusos). Inácio de Carvalho Neto (2015, p. 200) diz que o abuso é ilícito atípico, por não contrariar “específicas obrigações normativas”. Cláudio Levada (2003, p. 17) vê no abuso um comportamento conforme à lei, porém desconforme “à ordem jurídica”. E Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti (2012, p. 126-129) veem no abuso um ilícito mesmo ante a constatação de existência, no caso, de “direitos genérica e abstratamente prefigurados em lei”.

Há uma forte conexão entre as abordagens holística (citada acima), dos princípios (citada abaixo), e axiologista (ora tratada, e com mais detalhes na Seção 1.3.1.2.4). Virgilio Giorgianni (1963, p. 184), um axiologista — i. é: considera o abuso um ilícito decorrente da violação do valor subjacente à norma —, caracteriza o abuso como comportamento juridicamente inadmissível, ainda que em conformidade aos limites normativamente estabelecidos (ao contrário do ilícito típico, que os extrapola). Nesse sentido, o ‘abuso’, se positivado, torna-se tão somente um ilícito típico, deixando de ser um abuso propriamente dito (GIORGIANI, 1963, p. 132-133).

Essa é uma abordagem também bastante difundida na doutrina portuguesa, como se percebe pela distinção promovida por António Castanheira Neves (1967, p. 523-530) entre ilícitos formais e abusos (ilícitos materiais). Para o jusfilósofo português, o abuso mostrar-se-ia como comportamento aparentemente lícito — em conformidade com a “estrutura formal definidora” de um direito —, porém violador do sentido concreto-materialmente realizado. Coerente com essa definição, conclui que a incorporação de casos de ‘abuso’ à estrutura formal transforma o problema do abuso em simples problema de ilegalidade. Para Fernando Cunha de Sá (1973, p. 453-468), o abuso é sempre da estrutura formal do direito. Difere-se assim do ilícito formal (que ele intitula ilegalidade). Seu entendimento fica claro ao narrar a hipotética situação de alguém que caminha pelas ruas: se a pessoa está no cumprimento de pena de prisão em regime fechado, seu caminhar é uma ilegalidade; se está intencionalmente aos encontros com os demais pedestres, é um abuso, porque a liberdade de circulação “não lhe foi reconhecida para que com o seu exercício moleste propositadamente os restantes transeuntes” (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 617-618). Para o civilista português, a posituação do abuso descaracteriza o seu sentido técnico, mesmo que o termo seja legalmente utilizado, porque o ‘abuso’ formalmente tratado pelo Direito é simples ilícito formal (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 478-479). Neste grupo dos axiologistas, pode ser incluído ainda António Menezes Cordeiro (1983, p. 862-863) — muito embora seja crítico do axiologismo *meramente* formal de

Castanheira Neves e Cunha de Sá —, que conclui que o abuso não transcende os “limites formais, portanto externos, dos direitos”.

Na doutrina brasileira axiologista, João Antunes Varela (1982, p. 55 et seq.) entende que se devem diferenciar a ilegalidade (ilicitude formal) e o abuso (ilicitude material); Rosalice Pinheiro (2002, p. 119) diferencia ilícito (que excede limites lógico-formais) e abuso (que ultrapassa limites axiológico-materiais); Vladimir Cardoso (2006, p. 92) considera que ilícito e abuso seriam diferenciáveis pela natureza da violação: aquela, “formal”; esta, “axiológica”; Eduardo Souza (2012, p. 72-73) conclui que o comportamento abusivo sê-lo-ia por estar em desconformidade à “toda a tábua axiológica constitucional”; e Anderson Schreiber (2016, p. 75) sustenta que o abuso é comportamento em “contrariedade ao fundamento axiológico-normativo do direito exercido”.

Na doutrina contemporânea de línguas latinas, é também bastante frequente que se faça remissão aos ‘princípios’ como critério de valoração de comportamento como abusivo (mais sobre isto na Seção 1.4). Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2014, p. 18-27) — em texto que teve grande repercussão, especialmente na Itália —, qualificam o abuso como ilícito atípico — a definição adotada no título tanto de seu livro como desta subseção —: em que há uma permissão por regra (norma com conjunto fechado de propriedades, que exclui a deliberação do destinatário para determinação da conduta, “razões peremptórias dentro de seu alcance justificado”), mas uma proibição ‘consideradas todas as coisas’³⁵, decorrente de processo argumentativo calcado em princípios (ATIENZA; MANERO, 2014, p. 97-103). Quase idênticas são as posições de Aurelio Gentili (2012, p. 311-312) — inclusive acrescentando que o ‘abuso’ codificado passa a ser ilícito em sentido estrito (GENTILI, 2012, p. 319-320) —, Maria Olga Sánchez (2009, p. 829) e Laurent Eck (2005, p. 12).

No Brasil, Pedro Baptista Martins (1997, p. 7) associa o abuso a uma “aparente consonância com a lei”. O comportamento seria então lícito sob o ponto de vista do “direito positivo em vigor”, mas ilícito “quando apreciado à luz dos princípios gerais, em constante e permanente evolução” (MARTINS, P., 1997, p. 140-151). Por essa razão, a abrangência do abuso variaria de acordo com o grau de definição dos direitos (mas nunca seria zero), e a positivação do ‘abuso’ descaracterizá-lo-ia, transformando-o em simples falta de direito (MARTINS, P., 1997, p. 80). Nos mesmos termos, Heloísa Carpena (2007,

³⁵ ‘all things considered’.

p. 405-406) divide a antijuridicidade em ilicitude (formal) e abuso (material), sendo o abuso a violação dos “limites [...] dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais”; e José Luiz Levy (2022, p. 35) fala em abuso como “ato aparentemente lícito, realizado de acordo com os aspectos formais do direito subjetivo, mas que contraria os princípios jurídicos e os valores que informam o sistema normativo”. Já Camila Azi (2010, p. 1, p. 6) faz referência a “princípios constitucionais ou gerais do direito”; e Luiz Souza (2017, p. 48-52), aos “princípios gerais de direito”, que estabelecem “*standards* que orientam o intérprete na compreensão do sentido histórico e social da justiça”.

Um caso interessante, categorizável ainda no grupo de abordagem principiológica do abuso, é o de Eduardo Jordão (2006, p. 116), que observa que o traço distintivo do ilícito abusivo é a sua “aparência de licitude”, sendo essa aparência definida conforme a descrição do texto normativo do dispositivo (JORDÃO, 2006, p. 49). O mesmo autor, entretanto, faz a ressalva de que a tipificação não exclui a qualificação de comportamento como “abuso de direito” (JORDÃO, 2006, p. 95) — o que é contraditório com o que ele próprio defende, porque a tipificação faz com que o comportamento seja legalmente descrito, tornando-o um ilícito típico³⁶. Jordão (2006, p. 98) entende que a ilicitude do abuso decorre da desconformidade ao “valor, compreendido normativamente como um princípio, [que] limita o direito objetivo”. Em obra posterior, o autor busca — sem sucesso — avançar para uma dogmatização metódica, ao caracterizar o abuso como comportamento imediatamente subsumível a dispositivo legal, porém violador de “princípios gerais limitadores de direitos subjetivos” (JORDÃO, 2009, p. 269). Sem uma sistematização desses “princípios gerais” — à qual o autor não se dedica (como não se dedicaram também seus antecessores da mesma abordagem) —, o que se tem é a absoluta falta de parâmetros de qualificação do abuso.

O maior exemplo, no Brasil, dessa confusão ametódica envolvendo princípios e abuso é a obra de Ricardo Marcondes Martins (2010, p. 92-93). Segundo ele, para haver abuso, precisa existir “um direito *prima facie*” (“direito aparente”) não tornado definitivo no caso concreto. Ocorreria abuso em quatro situações: (1) inexistência de regra legislativa proibitiva, mas ilicitude decorrente da “força dos princípios opostos”, (2)

³⁶ A qualificação de ilícitos típicos como abusivos é admissível apenas em doutrinas que divirjam da diferenciação entre ilícitos formais e materiais — como é o caso da de Lucien Campion (1925, p. 180), que caracteriza como abuso toda quebra do equilíbrio dos interesses em presença —, mas isso retiraria todo o interesse dogmático no delineamento da figura (cf. Seção 1.3.1.3).

existência de regra legislativa expressamente autorizativa, mas ilicitude pela “incidência dos princípios opostos”, (3) existência de regra legislativa proibitiva, mas necessidade do comportamento “por força dos princípios opostos”, e (4) existência de regra legislativa expressamente exigente de comportamento, mas proibição de realizá-lo “por força dos princípios opostos”. O próprio autor, adiante, equipara praticamente as hipóteses 1 e 2, porque, “por força do princípio do direito [geral] à liberdade, vigora *prima facie*, entenda-se, no plano abstrato, uma permissão” (MARTINS, R., 2010, p. 115) — a qual decorreria de expressa disposição constitucional (art. 5º, II³⁷, da CRFB). As hipóteses 3 e 4 não são compreensíveis: de que direito se poderia abusar, se o que há no caso é proibição ou mandamento? Por exemplo: proíbem-se legislativamente os veículos de avançarem o sinal vermelho; o motorista que, “por força de princípios opostos” — imagine-se: o ‘princípio da educação’ (colidente no caso porque seu filho está prestes a perder uma prova importante) —, abusa do “direito *prima facie*” de não poder avançar o sinal vermelho? E o artista que deixa de prestar socorro a pessoa ferida em frente à sua residência, porque o ‘princípio da cultura’ impõe que ele esteja no palco na hora do evento, abusa do mandamento extraível do art. 135³⁸ do Código Penal? Não faz sentido: toda a doutrina do abuso foi construída sobre as ideias de poder e permissão para ação ou abstenção, não de dever (GENTILI, 2012, p. 315; ECK, 2005, p. 5). Há, portanto — salvando-se o que é possível de salvação no pensamento de R. Martins —, apenas uma hipótese de abuso de direito: a conclusão de ilicitude concreta, mesmo ante a existência de texto normativo autorizativo *prima facie* do comportamento (seja o art. 5º, II, da CRFB ou outro) — o que expõe que o abuso é entendido como ilicitude atípica. O problema será enfrentado na Seção 1.4.

A análise das muitas abordagens³⁹, acima realizada, mostra ser satisfatória a identificação da ilicitude atípica⁴⁰ do abuso de um direito (que pode ser considerado

³⁷ “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

³⁸ “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública” (BRASIL, 1940).

³⁹ Não se tem a pretensão de esgotamento, mesmo porque as abordagens são aparentemente inesgotáveis, como o demonstra a concepção de Roman Guski. que, seguindo a concepção sociológica de Direito de Niklas Luhmann, enxerga no abuso um paradoxo de reentrada. Mesmo Guski (2018, p. 424), de todo modo, qualifica como ilícito abusivo um comportamento que cumpre todos os requisitos legais, mas é tido, ainda assim, como inadmissível.

⁴⁰ Isso é confirmado nos *Kommentare* ao BGB. Por exemplo, no BeckOK-BGB: “Os princípios gerais sobre abuso de direitos não se aplicam se houver uma regulação especial conclusiva [*Die allgemeinen Grundsätze über den Rechtsmissbrauch sind nicht anzuwenden, soweit eine abschließende Sonderregelung besteht*]” (SUTSCHET, 2022 [§ 242, mg. 48], tradução nossa).

concedido ‘em abstrato’ por texto normativo) como traço característico uniforme e substancial das mais diversas correntes doutrinárias⁴¹. E não poderia ser diferente, porque o abuso logicamente pressupõe um poder de uso (uso ilegítimo, mas ainda assim, uso) conferido pelo Direito (GENTILI, 2012, p. 28, p. 321; MIRAGEM, 2009, p. 134): ninguém abusa do que não pode usar. A coincidência de fundo das concepções, porém, para por aí: como observado por Eck (2005, p. 5), a investigação dos critérios da ultrapassagem dos limites da permissão abusada tem dilacerado a Ciência Jurídica.

Nesse sentido, remissões tão etéreas como as feitas pela abordagem principiológica capitaneada por Atienza e Ruiz Manero não contribuem, de maneira nenhuma, ao tratamento dogmático da noção de abuso, porque a correspondente doutrina não se dedica, em regra, a esclarecer como se identificam metodicamente os princípios e o que eles impõem em um caso concreto — além do quê, há a própria questão dogmática de saber-se se o discurso de abuso é conciliável com a teoria dos princípios de Robert Alexy⁴² (utilizada por Atienza e Ruiz Manero, e, de longe, a mais adotada na Ciência Jurídica latino) (sobre isto, Seção 1.4).

Essa inutilidade metódica, contudo, não é exclusiva da abordagem principiológica: na abordagem da injustiça, por exemplo, Rodriguez-Arias (1971, p. 46) considera ser o abuso uma ideia de justiça posta a serviço do Direito, a mostrar o verdadeiro conteúdo do direito no caso concreto. Propõe, como parâmetro para identificação da justiça no caso concreto, a alteração do equilíbrio entre direitos individuais e outros interesses sociais (RODRIGUEZ-ARIAS, 1971, p. 109); não sugere, porém, qual é a justa medida para o equilíbrio.

Dentre os axiologistas, Cunha de Sá (1973, p. 378) observa que o abuso demanda

⁴¹ Mario Barcellona (2014, p. 469, tradução nossa) faz uma pertinente síntese do “paradigma geral do abuso”, os traços basais das concepções introversas (de apelo ao sistema jurídico), e extroversas (de apelo a uma ordem moral ou solidária): “- um determinado ato/comportamento enquadra-se nos poderes abstratamente conferidos pelo ordenamento a um sujeito; - entretanto, o modo pelo qual tal poder é exercido concretamente extrapola as considerações na força das quais pode-se considerar que o ordenamento conferiu-o; - esta extrapolação, portanto, deve implicar a perda da tutela e da imunidade, das quais o exercício do poder é ordinariamente assistido pelo simples fato de ser conferido pelo ordenamento [*Il paradigma generale dell’abuso corrisponde, essenzialmente, al seguente schema argomentativo: — un determinato atto/comportamento rientra nei poteri astrattamente conferiti dall’ordinamento ad un soggetto; — tuttavia, il modo nel quale tale potere è stato concretamente esercitato travalica le considerazioni in forza delle quali si può ritenere che l’ordinamento glielo abbia attribuito; — questo travalicamento, allora, deve comportare il venir meno delle tutele e delle immunità, dalle quali l’esercizio del potere è ordinariamente assistito per il fatto stesso di essere attribuito dall’ordinamento*]”.

⁴² A especificação de uma das muitas teorias dos princípios — a de Robert Alexy — não é redundante nem desimportante, como bem observou Ralf Poscher (2015, *passim*).

um “critério materialmente fundado na íntima essência do direito”, mas não diz como romper a superfície para chegar ao essencial (ou seja: para identificar o que o ‘Direito essencial’ impõe em um caso concreto). E Giorgianni (1963, p. 179) sustenta que a teoria do abuso permite detectar a “estrutura qualificadora específica” da norma jurídica, em concreto. Como? Não o diz.

Também a abordagem do abuso como desvio das finalidades em razão das quais foi supostamente conferido o direito incorre na mesma falha de superficialidade metódica, por não fornecer parâmetros para aferição da ocorrência da divergência, no caso concreto — já se falou sobre isto na introdução (ao tratar do trabalho de Erica-Irene Daes), e retornar-se-á ao ponto mais adiante, nas Seções 1.3.1.1.2 e 2.1.2.

Em resumo: a despeito de corretamente identificarem o abuso como ilícito atípico, nenhuma das doutrinas citadas acima propõe parâmetros metódicos de valoração concreta de comportamento como abusivo. Por isso, fala-se em dogmatização apenas incipiente.

1.1.1.3 Fase construtiva de sistematização periférica

Apenas pode ser considerada completa uma dogmática que apresente e justifique racionalmente parâmetros de aferição do abuso, em um fluxo e refluxo constante entre as soluções de casos concretos e a sua sistematização (isto será tratado de maneira aprofundada na Seção 4.1.3).

É importante observar a exigência apresentada por António Castanheira Neves (1967, p. 121), que coincide plenamente com a concepção adotada nesta tese: no Direito — ciência prática —, só tem valor teórico o que se revelar suscetível de cumprimento metódico⁴³. Por sua vez, o método deve apresentar não somente um momento analítico (teórico-descriptivo), mas também um outro, normativo (prático-constitutivo) (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 15; LARENZ, 1997, p. 340). É como Peter Huber (2003, p. 296-297, tradução nossa⁴⁴) destaca certamente, citando Thomas Oppermann:

⁴³ Claus-Wilhelm Canaris (1995, p. 120, tradução nossa) coloca-o de maneira não muito distinta: “Que uma doutrina ‘seja correta em teoria, mas não sirva para a prática’, não é compatível com a orientação aplicativa das teorias jurídicas, e, portanto, bem-vista, é uma situação que, de nenhum modo, pode ocorrer; ao invés disso, frente a uma contradição dessa natureza, dever-se-á abandonar ou corrigir a teoria, ou modificar a prática [*Que una doctrina ‘sea correcta en teoría, pero no sirva para la práctica’, no es compatible con la orientación aplicativa de las teorías jurídicas, y, por tanto, bien mirado, es una situación que, de ningún modo, puede darse; antes bien, frente a una contradicción de este carácter, se deberá abandonar o corregir la teoría o modificar la práctica*]”.

⁴⁴ “Über dem BVerfG spannt sich i.d.R. der sprichwörtliche blaue Himmel. Eine justizielle Kontrolle findet — abgesehen von EuGH MR und ggf. auch dem EuGH — nicht statt. Vor diesem Hintergrund ist die Kontrolle

o controle dos tribunais pelo público, especialmente o especializado, depende, acima de tudo, do desenvolvimento de uma visão global “que não pode ser simplesmente derivada da colcha de retalhos de centenas de decisões individuais”. Apenas dizer que algo já decidido é um abuso tem pouca relevância juscientífica; para que a jurisprudência seja controlável, é necessária uma teoria que ofereça parâmetros decisórios.

Por outro lado, é verdade que o “irrealismo metodológico” só pode ser vencido em consideração às decisões judiciais de casos concretos (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 402-403). Hans-Ulrich Gallwas (1967, p. 14) percebeu que a boa-fé fornece critérios de delimitação para distinguirem-se conteúdo do direito e mera aparência, e António Menezes Cordeiro (1983, p. 616) foi certo ao apontá-la como o processo de remessa, com apoio juspositivo, para a “magma imensa do sistema, onde as intenções mais normativas mais profundas do jurídico, ainda que de modo inconsciente, ganham materialidade”. A associação do abuso com a boa-fé e seus grupos de casos tem, contudo, uma perspectiva limitada — como se verá na Seção 2.1.3.

Outra via promissora — mas pouco explorada na Ciência Jurídica brasileira — é a da abordagem de abuso por violação aos bons costumes (sobre isto, Seção 1.5), que, se adequadamente dogmatizada, fornece, por meio de grupos de casos, parâmetros para valorações de abuso.

1.1.2 Delimitação ante o abuso (desvio) de poder

Virgilio Giorgianni (1963, p. 146-150) apontou que o abuso de poder — diferentemente do abuso de direito — refere-se ao uso, para fim ilegítimo, de uma faculdade discricionária da Administração Pública. O problema da discricionariedade, por sua vez, remete à realização em concreto do “sentido teleológico” da lei, no dizer de Castanheira Neves (1967, p. 385) — i. é: a abordagem do abuso de poder de Giorgianni é finalista, e não poderia ser diferente.

O abuso de direito e o abuso (ou desvio) de poder manifestam uma mesma tendência

des Gerichts durch die Öffentlichkeit, und d.h. insbesondere durch die Fachöffentlichkeit, ein unverzichtbares Element rationaler Verfassungsrechtspflege. Das verpflichtet nicht nur die Mitglieder der ‚scientific community‘, sich an der ‚Oberaufsicht des Publikums‘ zu beteiligen und sich nicht mit der Rolle von Glossatoren oder Postglossatoren zu bescheiden, es verpflichtet auch das BVerfG zu einem fundierten Dialog mit der Staatsrechtslehre, deren Aufgabe — wie Th. Oppermann formuliert hat — darin besteht, ‚in Kenntnisnahme der Karlsruher Rechtsprechung über sie hinaus zu denken, nicht überzeugenden Judikaten die Gefolgschaft zu verweigern und vor allen Dingen jene Gesamtsicht der Verfassung zu entwickeln, die sich aus dem Flickenteppich der hunderterlei Einzelentscheidungen nicht einfach ableiten lässt“.

de “preocupação com o uso da lei para fins sociais” — como cedo percebeu René Demogue (1923, p. 382-383, tradução nossa⁴⁵). Essa concepção é compartilhada com Louis Josserand (1939, p. 259, tradução nossa⁴⁶), para quem o desvio de poder seria a “consagração oficial da noção de propósito da lei”, e, na doutrina brasileira, foi expressamente adotada por Ricardo Marcondes Martins (2010, p. 62), segundo quem há sinonímia entre desvio de poder e desvio de finalidade.

Foi Maurice Hauriou (1921, p. 455, tradução nossa⁴⁷, grifo nosso) quem deu a ‘clássica’ definição de desvio de poder: o “fato de uma autoridade administrativa que [...] observando as formas prescritas, *sem cometer nenhuma violação formal da lei, usa seu poder para uma finalidade e por motivos outros que não aqueles para os quais esse poder foi-lhe conferido*”. Há claramente um ponto de contato com a noção de abuso de direito — a atipicidade do ilícito —, mas o que verdadeiramente se destaca é a absoluta funcionalização do poder: diferentemente do direito, o poder é conferido para o atingimento de um fim jurídico, não podendo ser usado para qualquer outra finalidade que seu titular almeje (PALOMBELLA, 2005, p. 15-16; ATIENZA; MANERO, 2000, p. 48).

Em um Estado democrático de Direito, poderes são — ao contrário dos direitos — totalmente funcionalizados, dada “a própria natureza do poder, que é uma prerrogativa concedida a serviço do interesse de outra pessoa” (RESCIGNO, 1965, p. 247, tradução nossa⁴⁸). Jean Dabin (1955, p. 334, tradução nossa⁴⁹) deixa claro que, no caso do abuso de poder, o titular “só tinha o direito para usá-lo bem, no sentido da função e para o proveito da função”. É fácil, assim, mesmo sob um primeiro olhar, diferenciarem-se as noções: uma é referente a direitos (potencial e parcialmente funcionalizados); outra, a poderes (absolutamente funcionalizados).

A eventual declaração de equivalência entre abuso de direito e desvio de poder diz

⁴⁵ “Elles n'en manifestent pas moins une même tendance, une même préoccupation de l'emploi du droit dans un but social”.

⁴⁶ “C'est le triomphe de la moralité sur la légalité, de l'esprit de l'institution sur la lettre de la loi; c'est la consécration officielle de la notion du but dans le droit”.

⁴⁷ “C'est le fait d'une autorité administrative qui [...] tout en observant les formes prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir dans un but et pour des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été conféré, c'est-à-dire autres que le bien du service”.

⁴⁸ “Sul piano strettamente giuridico, il problema dell'abuso delle potestà sembra problema di agevole soluzione, data la natura stessa della potestà, che è prerogativa concessa al servizio di un interesse altrui, dell'interesse familiare o dell'interesse dell'incapace”.

⁴⁹ “En materia de derechos-función, en efecto, el mal uso, en cualquier forma que se presente —de desviación de poder, de ausencia de uso, o incluso de uso defectuoso—, constituye un acto ilegal, precisamente porque es contrario a la norma constitucional del derecho-función: al usar mal de él, su titular se evade de su derecho, pues sólo tenía derecho para usarlo bien, en el sentido de la función y para el provecho de la función”.

muito sobre a concepção que a sustenta: a equiparação somente é possível se se admitir que os direitos — assim como os poderes — são concedidos tão somente para um fim específico, eliminando-se totalmente com isso a sua função individual. Pierre-Emmanuel Moyse (2012b, p. 10, tradução nossa⁵⁰) exprimiu-o muito bem, ao observar que: “Se a teoria do abuso tomasse emprestados os mecanismos do abuso de poder [...], isso reduziria consideravelmente a esfera de autonomia do indivíduo no exercício de seus direitos”.

É o caso do pensamento de Lucien Campion (1925, p. 205-207, tradução nossa⁵¹), para quem o fato de os detentores de poder não poderem “fazer nada além do que eles devem fazer” representa uma “adesão formal à concepção da finalidade dos direitos”. Por isso, para ele, “a teoria particular do desvio de poder é simplesmente uma aplicação da teoria geral do abuso de direitos”. Na doutrina brasileira, Rui Stoco (2002, p. 63-64) sustenta que abuso do poder é “espécie do gênero abuso do direito”, porque ambos seguem a “mesma ideia fundamental de que as nossas prerrogativas, quer sejam de ordem privada, quer de ordem pública, obedecem ao seu próprio valor social e devem ser exercidas em conformidade com o fim a que respondem”. Contrariamente, nesta tese, sustenta-se que os limites dos direitos dão-se tanto em uma função metaindividual quanto em uma função individual. Rejeita-se, portanto, a qualificação do abuso de poder como espécie do abuso de direito.

Lamentavelmente, identificou-se essa confusão na jurisprudência. Na decisão monocrática proferida pelo Desembargador (Des.) relator do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) na Petição (Pet) 70028713709⁵², consignou-se que “Relativamente ao cometimento do crime de desobediência, [...] a simples intimação de decisão judicial, com a cominação de desobediência em caso de descumprimento, não constitui abuso de direito” (RIO GRANDE DO SUL, 2009a). De maneira ainda mais grave, a 4ª Turma do STJ, no REsp 1842613 (22 mar. 2022, rel. Min. Luis Felipe Salomão), considerou ser “abuso de direito” a utilização, em entrevista coletiva (do famoso ‘Powerpoint do Lula’) concedida por Procurador da República, de “termos e adjetivações ofensivos (‘comandante máximo do esquema de corrupção’, ‘maestro da organização criminosa’) e marcados pelo desapego à técnica” em entrevista “a pretexto de divulgar o oferecimento

⁵⁰ “Si la théorie de l’abus devait emprunter les mécanismes du détournement de pouvoir et régir les droits égoïstes de la même façon que le sont naturellement les droits altruistes, cela réduirait considérablement la sphère d’autonomie de l’individu dans l’exercice de ses droits”.

⁵¹ “Reconnaissons que cette justification, l’arrêt nous la donne et fort clairement ‘Les gouvernants ne peuvent rien que ce qu’ils sont chargés de faire.’ C’est une adhésion formelle à la conception de la finalité des droits”.

⁵² Cf. RE 683751 (BRASIL, 2015h).

de denúncia criminal” (BRASIL, 2022b). Pelo exposto acima, os exercícios dos poderes estatais em questão não podem ser qualificados como abusos de direito, pelo simples fato de serem poderes, não direitos — ensejando discussões peculiares.

1.1.3 Pressupostos da noção de abuso

O abuso caracterizado como ilicitude atípica pelas doutrinas civilistas pressupõe dois elementos: um comportamento juridicamente permitido por interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo é ‘descoberto’ como proibido pelo juiz, fora dos limites da interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo.

Isso significa que, para aceitar-se o abuso, é necessária a admissão de um papel do juiz não limitado pela interpretação textual — i. é: o julgador não mais como *la bouche qui prononce les paroles de la loi*⁵³.

1.1.3.1 Permissão concedida por interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo

A ilicitude do abuso é atípica porque não decorre da extrapolação dos limites da interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo, mas da concretização da norma⁵⁴. Quem

⁵³ Otavio Luiz Rodrigues Jr. (2019 [§ 27]), citando Michael Stolleis, explica que: “Na verdade, o juiz ‘boca da lei’ não é o autômato (os ‘seres inanimados’, na linguagem de Montesquieu), que dispensa os expedientes ligados ao ato de interpretar, os quais, como dito, o magistrado não só conhecia como utilizava. Ser ‘boca da lei’ é uma descrição que ‘não implica ser a interpretação judicial inútil, mas tão somente que o Direito — em um sentido mecânico — contém soluções para tudo, e o juiz desempenha o papel de boca da lei para dizê-lo em voz alta”. Para o juiz *bouche de la loi*, “todas as soluções estão na lei, cabendo ao julgador, sem margem de arbítrio, retirar, dela, as saídas concretas” (MENEZES CORDEIRO, 2002, p. CI). Como será visto na Seção 1.1.3.2, um dos pressupostos do abuso é precisamente a admissão do papel criativo do juiz — i. é: o reconhecimento da ideia de que o Direito positivado nas fontes estatais às quais se vincula o juiz não dá todas as respostas. Loredana Tullio (2015, p. 16, tradução nossa) entende que, em sua nova fase, o juiz deve “colocar em evidência a existência de algo que aparentemente não existe, mas cuja existência é percebida [*mettre en évidence l’existence de quelque chose qui en apparence n’existe pas, mais dont on perçoit l’existence*]”. Isso certamente coloca o abuso como um dos elementos do “deslocamento do centro de gravidade, de uma norma abordada anteriormente desde o ponto de vista abstrato para uma norma concreta [*se consuma el desplazamiento del centro de gravedad desde una norma abordada anteriormente desde el punto de vista abstracto a una norma concreta*]” (ENGISCH, 2004, p. 291-292, tradução nossa).

⁵⁴ Sobre a ‘concretização’ sustentada, importa destacar que ela pode ser entendida em várias ‘tendências’ lógicas e ontológicas, como destaca Karl Engisch (2004, p. 61 et seq.): concreto como real (abstrato como ideal), concreto como perceptível (abstrato como imperceptível), concreto como determinado (abstrato como indeterminado), concreto como singular (abstrato como geral), concreto como individual (abstrato como geral em extensão e compreensão), concreto como determinado dentro da espécie (abstrato como o mais amplo dentro do gênero), concreto como independente (abstrato como dependente), além de formas mistas. Interessam, para esta tese, as ‘tendências’ do concreto como real — a consideração de que o caso jurídico não é a manifestação de um conteúdo latente em uma norma ‘abstrata’ —; do concreto como específico — a consideração de que o reconhecimento de deveres associados a potestades conferem uma progressiva especificação do conteúdo do direito —; do concreto como singular (*Einzel*) — a consideração do caso jurídico como uma compreensão singular a partir da extração seletiva de características relevantes do universo fenomênico —; e do concreto como individual (*Individuell*) — a consideração de aspectos do caso jurídico não abrangidos pela singularidade típica do caso (ENGISCH, 2004 p. 163 et seq.). Há, evidentemente, um limite

melhor trata disso é Tobias Leidner (2019, p. 137 et seq., tradução nossa⁵⁵), segundo quem a doutrina do abuso deve assumir a possibilidade de identificação de “limites abstratos *a priori* da formulação textual” — i. é: para haver abuso, antes a formulação textual deve “cobrir o caso concreto de uma forma abstrato-geral”. Esse limite ‘em abstrato’ é admitido por Leidner, mesmo ante a reserva de sê-lo apenas por razão pragmática: para ele, muito embora o paradigma mülleriano do Direito seja o mais adequado sob uma “perspectiva justeórica”, ele não representaria a autocompreensão dos tribunais sobre a sua tarefa institucional.

Este pressuposto deve, de fato, ser analisado com muito cuidado. Em uma concepção estritamente pós-gadameriana do Direito — como o é a de Friedrich Müller, paradigmaticamente seguida por Leidner —, “não pode haver um limite de palavras abstrato destacado do contexto dos fatos e, portanto, também uma interpretação

para a concretização como individualização, extrapolado o qual não se pode mais falar em Direito, mas em anarquia (HENKEL, 1958, p. 18) ou caos (ENGISCH, 2004, p. 253). Esse limite à concretização como individualização está intrinsecamente relacionado à concretização como especificação: a tendência concretizadora-individualizadora deve respeitar, em algum grau, a tendência da justiça de ‘abstratização’ como generalização: o Direito “também exige uma certa uniformidade no tratamento jurídico de uma multiplicidade de casos, os quais são uniformes ou similares em uma parte considerável de suas características, ou seja, comparáveis” (no original: “*Dies ergibt sich nicht nur aus der allgemeinen Ordnungstendenz des Rechts, sondern zugleich aus dem Wesen der Gerechtigkeit, die, indem sie auf Ausgleich gerichtet ist, auch eine gewisse Gleichmäßigkeit in der rechtlichen Behandlung einer Vielzahl von Fällen erfordert, solcher Fälle, die in einem erheblichen Teil ihrer Merkmale einheitlich oder ähnlich gelagert, also vergleichbar sind*”) (HENKEL, 1958, p. 17, tradução nossa) — i. é: “a justiça nem sempre depende de individualização [*la justicia no siempre depende de la individualización*]” (ENGISCH, 2004, p. 327, tradução nossa). Engisch (2004, p. 247-248, tradução nossa) observa que, na teoria do abuso de Wolfgang Siebert, “não se trata de uma concretização que alcance as peculiaridades do caso singular, mas de uma concretização conforme às espécies típicas de situações jurídicas [*no se trata de una concreción que alcance a las peculiaridades del caso singular, sino de una concreción conforme a las especies típicas de situaciones jurídicas*]”. Esse limite não existe, se a valoração de abuso é entregue a um juízo exclusivamente subjetivo de equidade — neste caso, tratar-se-ia de uma de todo indesejável “individualidade de quem aplica o Direito”, e não da individualidade da situação, cuja consideração é sustentada em um paradigma de concretização (no original: “*Puede ser deseable tan sólo donde se exige al servicio de una mayor justicia, al servicio de una justicia más individualizadora* (suum cuique). *En esto sin embargo hay que separar claramente entre la individualidad de quien aplica el derecho y la de la situación*”) (ENGISCH, 2004, p. 297-298, tradução nossa). Por isso, ainda que o pensamento jurídico moderno mostre uma “inclinação a uma apreciação do caso singular o mais individualizadora possível [*existe, en el pensamiento jurídico moderno, una inclinación a una apreciación del caso singular lo más individualizadora posible*]”, essa individualização é sempre limitada por algum nível de tipificação abstratizante (ENGISCH, 2004, p. 324-325, tradução nossa): “o objeto e o modo da apreciação jurídica são, antes de tudo, típicos, independentes da individualidade [*el objeto y el modo de la apreciación jurídica son ante todo típicos, independientes de la individualidad*]” (ENGISCH, 2004, p. 336, tradução nossa).

⁵⁵ “*Erfassen der Schutzzweck sowie der Wortlaut der Norm den konkreten Fall abstrakt-generell, kann er also unter den konkreten Normzweck subordiniert werden, ist die Befugnis oder das Recht zugunsten der handelnden Partei grundsätzlich entstanden. Aus Gründen der Vermeidung von Widersprüchlichkeit, der entstehenden Folgen oder anderer argumentativer Gesichtspunkte des Rechtsmissbrauchsverbots kann jedoch durch die Begründung mit diesem die Ausübung des Rechts versagt werden*”.

objetivamente correta da formulação textual” (LEIDNER, 2019, p. 139, tradução nossa⁵⁶). Não há, portanto, interpretação ‘em abstrato’. Müller, sensível a essa virada hermenêutica, realmente não admite (ao menos explicitamente) a possibilidade de se extrair um sentido ‘em abstrato’ do texto normativo, sem consideração ao caso concreto. Ainda assim, como já aponte, não há óbice peremptório ao reconhecimento do abuso pela sua doutrina estruturante do Direito (PEIXOTO, F., 2021, p. 20-21) — muito embora seja ainda discutível se esse reconhecimento teria ainda utilidade metódica (Seção 2.4.3.2.2).

Um ponto de interesse para eliminar o aparente paradoxo é a crítica de António Castanheira Neves (1993, p. 146) a Müller, quanto ao que aquele identifica como adoção, por esse último, do “postulado da autonomia normativo-textual” — i. é: Müller atribuiria à “norma jurídica” (no paradigma mülleriano, ao texto normativo) “um valor normativo abstractamente sustentado no seu teor textual”.

É significativo, no entanto, que o mesmo Castanheira Neves (1993, p. 260-261, grifo nosso) considere o abuso de forma tão destacada em sua teoria. Para tanto, ele admite que os textos normativos impõem um “sentido significativo e conceitual (ou *interpretável em abstrato*)”. Ele parte da ideia de que ao legislador compete enunciar uma “uma intenção geral-abstrata”⁵⁷ (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 177-178), que serve como ponto de apoio racional e indicador de uma orientação de princípio, mas que não esgota a juridicidade⁵⁸. Essa intenção do legislador é veiculada em “normas jurídicas materiais”, que aferem ‘em abstrato’ a validade do campo sobre o qual se aplicam (CASTANHEIRA

⁵⁶ “Klar ist aus semantischer Sicht nach dem sog. linguistic turn, dass es eine abstrakte, vom Kontext des Sachverhalts losgelöste Wortlautgrenze und daher auch eine objektiv richtige Interpretation des Wortlauts nicht geben kann”.

⁵⁷ Essa “intenção geral-abstrata” pode ser considerada muito bem descrita por Arthur Kaufmann (1976, p. 89-91, tradução nossa): “O legislador reúne, em um *Tatbestand* conceitualmente formulado, um grupo de situações vitais que se mostram ‘iguais’ a partir de um ponto de vista estimado essencial [...]. Sem embargo, o que é *igualado* em um *Tatbestand* legal, com o propósito de realizar o princípio da igualdade, jamais é igual na realidade; nenhum furto é iniciado como outro; nenhum homem coincide totalmente com outro em sua capacidade efetiva de atuação ou de culpabilidade, porque todos os homens são diferentes em seus conhecimentos, capacidades, caráter e forças do entendimento e da vontade [...]. A legislação é a igualação da ideia de Direito com futuras situações vitais pensadas como possíveis [*El legislador reúne, en un ‘supuesto de hecho’ conceptualmente formulado, un grupo de situaciones vitales que se muestran ‘iguales’ desde un punto de vista estimado esencial (como una específica situación de intereses). Sin embargo, lo que es igualado en el supuesto de hecho legal, con el propósito de realizar el principio de igualdad, jamás es igual en la realidad: ningún hurto es iniciado como otro; ningún hombre coincide del todo con otro en su capacidad efectiva de actuación o de culpabilidad, porque todos los hombres son diferentes en sus conocimientos, capacidades, carácter y fuerzas del entendimiento y de la voluntad. [...] La legislación es la igualación de la idea de derecho con futuras situaciones vitales pensadas como posibles*]”. Ou, como Friedrich Schiller (2004, tradução nossa) afirma poeticamente: “A lei [...], Tudo o que quer é nivelar, Gostaria de aplinar o mundo [*Das Gesetz [...], Alles will es nur eben machen, Möchte gerne die Welt verflachen*]”.

⁵⁸ António Castanheira Neves (1998, p. 8, 1983, p. 167 [nota de rodapé 356]) declara-se, aqui, tributário de Josef Esser.

NEVES, 1993, p. 346-347). A essas normas, deve-se atribuir *ante casum* (hipoteticamente) apenas “uma prévia determinação do sentido normativo” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 39). O abuso é justamente o ferimento dos “direitos jurídico-formalmente válidos” (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 265).

A estrutura formal (o “índice” dos direitos) de que fala Castanheira Neves (1993, p. 526) é delineada pelo texto normativo, que se qualifica como elemento decisivo no processo de concretização — chame-se isso de interpretação ‘em abstrato’, ou de primeiro momento da *applicatio*⁵⁹: se ainda se insiste (como se faz aqui) na expressão interpretação ‘em abstrato’, certamente não é por reconhecer-se a sua correção (muito pelo contrário), mas pela falta de meios linguísticos que melhor expressem a ideia; ou, como destacou Hans Otto de Boer (1935, p. 265), porque, em períodos de transição, mesmo querendo-se o novo, ainda se continua parcialmente ligado ao velho por escolaridade e hábito.

Em suma e no dizer de José de Oliveira Ascensão (2006, p. 65):

A interpretação para na determinação da norma, que é necessariamente geral. Deixa um espaço por preencher, no que respeita justamente à passagem ao caso concreto. O abuso do direito não se detecta pois apenas na abstração normativa, mesmo considerando as funções que esta incorpora, mas exige uma valoração posterior à luz daquelas orientações.

Esse processo de identificação de um sentido mínimo extraível diretamente do texto normativo é exatamente o pressuposto da noção de abuso de que se trata aqui: é a isso que se refere a doutrina do abuso quando fala em ‘aparência’ de exercício legítimo.

Já na alvorada da doutrina civilista, a interpretação ‘em abstrato’ da ‘norma’ legal (*rectius*: do texto normativo) foi amplamente admitida. Louis Josserand (1939, p. 66) observou que a lei atribui limites objetivos ao direito, de forma mais ou menos precisa, e que o abuso estaria não na extrapolação dos “limites do direito subjetivo”, mas na violação do “Direito como um todo” (JOSSERAND, 1939, p. 333, tradução nossa⁶⁰). Também

⁵⁹ Contrariamente, Fabrizio Piraino (2013, p. 148, tradução nossa) sustenta que: “A teoria do abuso de direitos só se sustenta sob a condição de se suporem dois níveis distintos e consecutivos — e não dois momentos distintos do procedimento interpretativo: um *a priori* e um *a posteriori* — de valoração negativa segundo o direito: a ilicitude [entendida como ilegalidade] e o abuso [*La teorica dell’abuso del diritto regge soltanto a condizione di ipotizzare due piani distinti e consecutivi — e non già due momenti distinti del procedimento interpretativo: uno a priori e uno a posteriori — della valutazione negativa secondo il diritto: l’illiceità e l’abuso*]”. Isso será refutado na Seção 2.4.3.2.2.

⁶⁰ “[...] il y a droit et droit; et l’acte abusif est tout simplement celui qui, accompli en vertu d’un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble et en tant que juridicité, c’est-à-dire en tant que corps de règles sociales obligatoires. On peut parfaitement avoir pour soi tel droit déterminé et cependant avoir contre soi le droit tout entier [...]”.

Wolfgang Siebert (1935, p. 203-206, tradução nossa⁶¹) reconheceu o abuso como a “necessidade e a forma de flexibilização diante de uma interpretação lógico-abstrata da lei”, e chegou mesmo a teorizar o pressuposto, condicionando a doutrina ao reconhecimento da “formulação típica-abstrata das proposições legais”.

Nesse mesmo sentido, Hans-Ulrich Gallwas (1967, p. 173, tradução nossa⁶²) — pioneiro da doutrina do abuso de direitos fundamentais — assim formulou sua primeira tese: “A doutrina civilista do abuso de direitos liga-se à formulação abstrata dos *Tatbestände*⁶³”.⁶⁴

⁶¹ “Diese auf Interesse und Interessenschutz bei dem einzelnen Recht aufbauende Methode [...] hat damit Notwendigkeit und Weg einer Auflockerung gegenüber logisch-abstrakter Gesetzesauslegung überzeugend dargetan”.

⁶² “Die zivilrechtliche Lehre vom Rechtsmißbrauch knüpft an der abstrakten Formulierung gesetzlicher Tatbestände an”.

⁶³ Optou-se por não traduzir o termo alemão *Tatbestände* (no singular: *Tatbestand*) — literalmente: “a existência (do verbo *bestehen*) do facto (*Tat*), o facto existente” (BRONZE, 2020, p. 319 [nota de rodapé 1194]) — em razão das confusões que isto poderia ocasionar. Para se ter noção da complexidade da específica tarefa de tradução, José Lamago verte *Tatbestand* para o português, na tradução de uma mesma obra (LARENZ, 1991, 1997), de ao menos cinco maneiras diferentes (“estatuição”, “situação de fato”, “previsão normativa”, “previsão”, “situação factual típica”), e chega mesmo a simplesmente omiti-la em um trecho: “KAUFMANN dagegen meint mit dem ‘analogischen Denken der Rechtswissenschaft’ nicht einen Vergleich zweier Sachverhalte, sondern den Vergleich eines Sachverhalts mit dem Tatbestand einer Norm” (LARENZ, 1991, p. 136) é traduzido apenas como “KAUFMANN, pelo contrário, significa com o ‘pensamento analógico na ciência jurídica’ não uma comparação entre duas situações de facto, mas o cotejo de uma situação de facto com [aqui a omissão] uma norma” (LARENZ, 1997, p. 188). Wilson Steinmetz (2004, p. 160) considera expressões e termos sinônimos de *Tatbestand*: suporte fático, hipótese legal, hipótese fática e *fattispecie*. Marcelo Neves (2019a, p. 4-5) traduz *Tatbestand* como “hipótese normativa do fato irradiador dos efeitos concretos da norma” — um “pressuposto abstrato da incidência da norma” —, rejeitando a tradução como “suporte fático”, porque dá origem a uma confusão entre pressupostos abstrato e referido à realidade subjacente. “Suporte fático” é, aliás, a tradução de Virgílio Afonso da Silva para *Tatbestand*: o título do Capítulo 6, II, da *Teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy (2011, p. 307 et seq.) — *Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranke* — foi publicado em português como “Suporte fático dos direitos fundamentais e restrições a esses direitos”. Assim, presume-se que seja ao *Tatbestand* que Virgílio A. da Silva refere-se no Capítulo III de seu *Direitos fundamentais* (“O suporte fático dos direitos fundamentais”) (SILVA, Virgílio, 2014, p. 65 et seq.). Ingo Sarlet (2018, p. 405) entende que ‘âmbito de proteção [*Schutzbereich*]’ e ‘suporte fático [*Tatbestand*]’ são sinônimos — tratar-se-á disso na Seção 2.4.3.2 —; Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 132) usam a expressão “tipo normativo” para traduzir *Tatbestand*, e Gilmar Mendes (2002, p. 211, p. 227) e Denny Santiago (2014, p. 48) traduzem, no corpo das mesmas obras, *Tatbestand* como “pressuposto fático” e como “tipo”. Deve-se ter, contudo, o cuidado de não se confundir o *Tatbestand* com o *Typus* (sobre o qual se tratará mais adiante, na Seção 3.3) — uma advertência que vale, de modo geral, para qualquer qualificação como *Typus* (ENGISCH, 2004, p. 390) —, motivo por que se impõe resistir à tentação de traduzir o termo alemão *Tatbestand* como “tipo”. Em italiano, o termo *fattispecie* (“circunstâncias pré-confeccionadas [*preconfectioned circumstances*]”) é utilizado com a mesma denotação de *Tatbestand*, para explicação do abuso (cf., p. ex., LIPARI, 2017, p. 68-69, tradução nossa). Nesse contexto, José Canotilho (2003, p. 379) define os direitos fundamentais como “normas com *fattispecie* aberta”, e Jorge Reis Novais (2010, p. 42) intitula sua concepção de *Tatbestand* como “restritiva mitigada da *facti species*”.

⁶⁴ A colocação do abuso como problema estritamente relacionado à formulação do *Tatbestand* a partir da interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo é, aliás, uma marca das doutrinas alemãs do abuso: também Hans Kudlich (1998, p. 62, tradução nossa), citando Bernd Rebe, conclui que: “De um ponto de vista da teoria da norma, a figura do abuso de direito cai [...] no grupo das soluções para ‘o problema da necessária seletividade dos *Tatbestände* legais’ [*Normtheoretisch fällt hiermit also die Figur des Rechtsmißbrauchs in die Gruppe der Lösungswege für ,das Problem der notwendigen Selektivität von gesetzlichen Tatbeständen‘ und damit in den*”

Na literatura brasileira⁶⁵, Eduardo Jordão (2006, p. 51, grifo nosso) entende que: “Todas as condutas a serem realizadas pelo titular de um direito já podem ser *abstratamente* configuradas como exercício de um direito ou não, *a partir da previsão normativa* do direito subjetivo”.

Note-se como, com isso, as doutrinas do abuso aproximam-se do *la lettre tue, et seul l'esprit vivifie*, de Josserand: como aponta Henkel, o “*tratamento legal esquemático sobre a base de Tatbestand e consequência jurídica*”,

ao resumir as características de fenômenos da vida em uma estrutura de pensamento ou de sentido, é necessariamente *abstrato*, prescindindo das individualidades dos objetos apreendidos e concebidos, e “*mata*”, *com isso, forçosamente, a vida peculiar do que só uma vez se faz realidade*. (HENKEL, 1968, p. 577-578, tradução nossa⁶⁶, grifo nosso).

Portanto é imprescindível, para falar-se em abuso, o reconhecimento de que os textos normativos concessivos de direitos subjetivos dão a indicação ‘em abstrato’ sobre a licitude ou ilicitude de algum comportamento. Apenas essa admissão confere autonomia

Problemkreis, der sich aus dem Spannungsverhältnis von Normtreue einer- und Problemgerechtigkeit andererseits ergibt]”. A interpretação constitutiva desses *Tatbestände* revelaria “a decisão da legislatura, que existe pelo menos à primeira vista” (no original: “*Oben wurde erläutert, daß die Wurzel der Mißbrauchsproblematik in der Divergenz zwischen dem Ergebnis einer (eng verstandenen) Auslegung und dem gewünschten (bzw. vor allem: dem Zweck der Norm entsprechenden) Ergebnis oder anders formuliert: zwischen der zumindest auf den ersten Blick bestehenden Entscheidung des Gesetzgebers und der Eigen Wertung des Richters liegt*”) (KUDLICH, 1998, p. 103, tradução nossa). E Heinrich Henkel (1958, p. 25-27, tradução nossa) compreende o abuso como resultado da prevalência, em um caso individual, da tendência individualizadora sobre a generalizadora da justiça — entendida esta última como o “tratamento modelado de acordo com *Tatbestand* e consequências jurídicas” (no original: “*Damit ergibt sich für den Gesetzgeber aus zwingender Notwendigkeit nicht nur eine generalisierende Betrachtung und Ordnung des Lebensstoffes, sondern auch eine schablonisierende Behandlung nach Tatbestand und Rechtsfolge*”). Para Henkel (1968, p. 577, tradução nossa), o legislador é limitado por uma necessidade de generalização, mínima que seja. É impossível, para ele, dar-se conta de todas as possíveis individualidades de casos futuros, porque “na essência do individual está contido sempre um momento de surpresa que se traduz, imprevisivelmente, em combinações inesgotáveis do jogo do destino e do azar [*en la esencia de lo individual está contenido siempre un momento de sorpresa que se traduce, imprevisiblemente, en combinaciones inagotables del juego del destino y del azar*]”.

⁶⁵ Fora do Brasil, o reconhecimento de uma interpretação ‘em abstrato’ encontra-se expressamente formulado ainda, dentre outros, em Nicolò Lipari (2017, p. 60-61, tradução nossa, grifo nosso) — “qualquer regra, reconhecida em termos abstratos, deve sempre enfrentar a realidade de sua concreta aplicação em contextos específicos” (no original: “*The abuse of rights doctrine confronts a fundamental tension between the formal attribution of a right and the concrete exercise thereof. It is thus based on the assumption that any right, formally recognized in abstract terms, should always face the reality of its concrete application in specific contexts*”) —; mais discretamente, em Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2014, p. 95) — o caráter *prima facie* permitido do comportamento “provém de uma regra de permissão sob a qual resultam subsumíveis” —, em Pietro Rescigno (1965, p. 285, tradução nossa) — a ideia de abuso seria necessária porque “uma valoração realizada exclusivamente de acordo com os critérios abstratos do sistema estatal seria insuficiente [*vuol dire piuttosto che sarebbe insufficiente una valutazione compiuta esclusivamente secondo i criteri astratti dell’ordinamento statale*]” —, e em Vitto Velluzzi (2019, p. 324 [nota de rodapé 15]) — o abuso seria a constatação de que o “predicado factual [*predicato fattuale*]” foi suprainclusivo.

⁶⁶ “*Pero éste, al resumir las características de fenómenos de la vida en una estructura de pensamiento o de sentido, es necesariamente abstracto, prescinde de las individualidades de los objetos apreendidos y concebidos y ‘mata’ con ello, forzosamente, la vida peculiar de lo que sólo una vez se hace realidad*”.

dogmática ao abuso, ante o ilícito típico.

Deve-se destacar, ainda, que é esse ‘elemento abstrato’ que vai servir de barreira para o desenvolvimento posterior do Direito⁶⁷ — onde, na *Methodenlehre*, inclui-se a qualificação de abuso. É interessante observar que o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht* — BVerfG), na importante decisão 2 BvR 2216/06 (26 set. 2011), consignou que:

Um desenvolvimento posterior do Direito constitucionalmente inadmissível é caracterizado pelo fato de que, com base em uma interpretação teleológica, ele desrespeita a *formulação clara da lei* [...] (BVerfGE 118, 212 <243>). O desenvolvimento posterior judicial do Direito excede os limites constitucionais se ele altera *decisões legais claramente reconhecíveis*, possivelmente *documentadas expressamente no texto*, ou se ela cria novas regulamentações sem referência suficiente a enunciados legais (BVerfGE 126, 286 <306>). (ALEMANHA, 2011, tradução nossa⁶⁸, grifo nosso).

Esse julgado é complementado por outros, que consideram indevidos os desenvolvimentos do Direito, pelos juízes, que resultem em posição rejeitada pela literatura: 1 BvR 84/74 (11 out. 1978) (ALEMANHA, 1978) e 2 BvR 485/80 (19 out. 1983) (ALEMANHA, 1983).

Por essas razões — e com fundamento nesses mesmos julgados —, Leidner (2019, p. 182) conclui que a proibição de abuso de direitos, em sua qualidade (no mínimo) de desenvolvimento posterior do Direito, apenas não excede os limites do poder do juiz se for justificada por meio de uma argumentação racional que considere todos os limites acima expostos (sobre isto, haverá aprofundamento na Seção 4.2).

1.1.3.2 Proibição ‘descoberta’ pelo juiz, fora dos limites da interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo

Se, ao valorar um caso concreto, o juiz chega à conclusão de ilicitude ao extrair, por interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo, uma proibição ao comportamento, não há abuso, mas ilicitude típica. Ao admitirem-se valorações de abuso, pressupõe-se que se admita também um poder judicial criativo, que extrapola os limites da interpretação ‘em

⁶⁷ ‘*Rechtsfortbildung*’.

⁶⁸ “Eine verfassungsrechtlich unzulässige richterliche Rechtsfortbildung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie, ausgehend von einer teleologischen Interpretation, den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, ihren Widerhall nicht im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder - bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke - stillschweigend gebilligt wird (BVerfGE 118, 212 <243>). Richterliche Rechtsfortbildung überschreitet die verfassungsrechtlichen Grenzen, wenn sie deutlich erkennbare, möglicherweise sogar ausdrücklich im Wortlaut dokumentierte gesetzliche Entscheidungen abändert oder ohne ausreichende Rückbindung an gesetzliche Aussagen neue Regelungen schafft (BVerfGE 126, 286 <306>)”.

abstrato' do texto normativo.

Nesta seção, trata-se do que Maria Olga Sánchez (2009, p. 829-830, tradução nossa⁶⁹) muito sucintamente resumiu como a remissão das doutrinas do abuso “às nem sempre fáceis fronteiras entre a criação e a aplicação do direito”, aumentando a “capacidade de decisão do juiz”. É como afirma Pierre-Emmanuel Moyse (2012a, p. 864, tradução nossa⁷⁰): o ator principal das doutrinas do abuso é o juiz, porque nelas se “defende o primado da jurisprudência em casos de disfunção da lei formal”. Só pode haver abuso onde há intervenção do Estado-julgador criadora de Direito.

Dos dois pressupostos identificados, este é o reconhecimento que ocorre de maneira mais sutil, por alimentar uma controvérsia política sobre os poderes do juiz. Pietro Rescigno (1965, p. 215, tradução nossa⁷¹) coloca-o claramente: “A tese que nega o problema jurídico do abuso parece ser a mais coerente com a origem e o regime dos códigos de direito privado que a sociedade liberal do século XIX havia previsto para si mesma” — a autoimagem da cultura jurídica codicista era de que os “juízes são encarregados pela lei da função de aplicar o Direito, não de criá-lo”.

Como o admitia Georges Cornil (1924, p. 132), logo no início do século XX, o abuso contrapõe-se a um método (supostamente) puramente dedutivo, conferindo maior latitude ao juiz na aplicação do Direito. Essa ideia já era sustentada por José Calvo Sotelo (1917, p. 126, tradução nossa⁷²), que distinguia entre a ilicitude — declarada de modo geral pela lei — e o abuso — declarado pelo juiz, a quem se entrega um “poder não para limitar os direitos em geral (função do legislador), mas para circunscrever o exercício concreto de cada direito determinado”.

Há, de modo geral, a admissão de que as doutrinas civilistas do abuso surgiram em um desenvolvimento recíproco entre literatura e jurisprudência, em um procedimento de dogmatização (ainda que com um quê de pura criação) de decisões judiciais (ANCEL; DIDRY, 2001, p. 55). Esses julgados tinham como ponto em comum a inexistência de

⁶⁹ “*El protagonismo judicial, que el abuso del derecho concede, remite a las no siempre fáciles fronteras entre la creación y la aplicación del derecho [...]*”.

⁷⁰ “[...] *l’acteur principal de la théorie: le juge. Elle fait en effet valoir la primauté de la jurisprudence dans les cas de dysfonctionnement du droit formel ; elle plébiscite l’intervention des tribunaux*”.

⁷¹ “[...] *la tesi negatrice del problema giuridico dell’abuso appare la più coerente con l’origine e con il regime dei codici di diritto privato che la società liberale dell’ottocento aveva provveduto a darsi*”.

⁷² “*Aquella es declarada por la ley en cada caso particular; ésta, siquiera lo sea por aplicación de un precepto legislativo, es declarada por el juez, a quien así se entrega un poder, no para limitar los derechos en general (función del legislador), sino para circunscribir el ejercicio concreto de cada derecho determinado en vista de las circunstancias en él concurrentes*”.

lastro direto em lei⁷³ — motivo por que Elspeth Reid (2004, p. 15, tradução nossa⁷⁴) observa que toda a evolução das doutrinas do abuso de direito foi “por meio do *case law* [não *statutory law* portanto], como produto da feitura judicial do Direito”.

Entendida a noção de abuso como ilicitude atípica — pressupondo-se, assim, que o juiz ‘descobre’ uma proibição, no caso concreto, fora dos limites da interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo (GENTILI, 2012, p. 321 et seq.; PINO, 2006, p. 7) —, precisa-se reconhecer que o juiz é também, ao menos em algum grau, criador do Direito — um Direito que não está apenas nos textos estatuídos pelo legislador. Louis Josserand (1939, p. 348) fez jus ao título de grande pensador das modernas doutrinas do abuso⁷⁵ ao admitir expressamente que o legislador não é positivador exclusivo do Direito, já que os tribunais também o criam. Com isto, pôs em palavras algo que era percebido apenas difusamente, na Ciência Jurídica pós-revolucionária franco-belga.

No Brasil⁷⁶, Rosalice Pinheiro (2002, p. 296-297) percebe que a doutrina do abuso depende do reconhecimento do “papel criador” do juiz — em outras palavras: da aceitação de que novos institutos não necessariamente decorrem de novas leis. Identifica a origem da noção na superação do formalismo dedutivístico da Escola da Exegese⁷⁷⁻⁷⁸: “o juiz

⁷³ Cf. Seção 1.3.1.

⁷⁴ “*The whole evolution of the French doctrine has been through case-law, as a product of judicial law-making*”.

⁷⁵ Para Thomas Gächter (2007, p. 92, tradução nossa): “Louis Josserand tornou-se o protagonista da penetração dogmática desta praxe, que começou apenas muito mais tarde. É verdade que ele não foi o primeiro a abordar estas questões nem o criador do pensamento estrutural; ele pôde basear-se no trabalho preliminar de várias publicações anteriores [*Protagonist der erst viel später einsetzenden dogmatischen Durchdringung dieser Praxis wurde Louis Josserand. Er war zwar weder der Erste, der sich dieser Fragen annahm, noch der Schöpfer der tragenden Gedanken; er konnte sich auf Vorarbeiten aus diversen früheren Publikationen stützen*]”.

⁷⁶ Na literatura estrangeira, Carlos Fernández Sessarego (1992, p. 31-32) observou que, pelas doutrinas do abuso, a atividade criativa do juiz é mais ampla; e Luis Alberto Warat (1969, p. 67) foi ainda mais claro ao exigir, na configuração do abuso, que se admita que o juiz possa estabelecer novas limitações às possibilidades de comportamento lícito.

⁷⁷ Segundo Gustavo Feitosa (2004), a Escola da Exegese “defendia a limitação do ato de julgar a uma aplicação das normas existentes aos casos concretos” — e isso visava, em especial, à proibição do pensamento analógico, considerado uma “invasão judicial na competência do Legislativo” (FEITOSA, 2006, p. 109). Eduardo Rocha Dias (1993, p. 5) explica o seguinte: “Na França, a fé depositada nas codificações conduziu à ilusão de nelas identificar todo o Direito. Imbuídos dos postulados racionalistas de Montesquieu, que pretendia afastar o arbítrio em que redundaria o predomínio de um Poder sobre outro, e de Rousseau, que via nas leis a expressão da Vontade Geral e, portanto, do bem comum, os autores e comentadores da Codificação Napoleônica proibiram ao juiz ‘inovar’. Todo o Direito estaria contido na Lei, e a atividade daquele consistiria, como diz Recaséns Siches, em fazer atuar a ‘*mecânica de un silogismo*’”.

⁷⁸ Rosalice Pinheiro refere-se, ainda, também a uma pretensão de superação do exegetismo da Pandectística. Aqui, ela somente pode estar tratando da degeneração tardia do pandectismo em uma ‘jurisprudência dos conceitos’ (ENGISCH, 2004, p. 210 et seq.; BYDLINSKI, 1995, 24). Thiago Reis (2011, p. 247-248) aponta que a superação dessa visão ideologicamente carregada do ‘pandectismo conceitual’ deve-se em muito às obras de Hans-Peter Haferkamp e de Joachim Rückert, dentre outros. Como destacam Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt (2017, p. 322), o pandectismo alemão — que culminou no BGB — era tudo menos ‘dedutivista’:

passa a criar a norma para o caso concreto, a partir de princípios gerais do Direito Civil” (PINHEIRO, 2002, p. 364-365). E João Alberto de Almeida e Frederico Ribeiro Lamêgo (2017, p. 314, p. 330) observam que o combate ao abuso confere ao magistrado “maior discricionariedade”, incumbindo-lhe “também uma tarefa criativa”.

Isso suscita questão relevante, sobre os limites do poder de criação judicial do Direito — o abuso como “sinal de uma transumância de ideias para uma renovada reflexão sobre o papel do juiz”, como afirmou Moyse (2012b, p. 59, tradução nossa⁷⁹). É importante lembrar que foi o temor desse poder alargado do juiz que fez com que, nos trabalhos preparatórios do BGB, fosse rejeitada uma cláusula geral de abuso⁸⁰ (LEIDNER, 2019, p. 109; HÜBER, 1995, p. 208 [mg. 407]), e foi a incompatibilidade dessa ideia com as culturas jurídicas francesa⁸¹ e italiana⁸² que levou à rejeição ao reconhecimento de uma vedação geral legal ao abuso (RANIERI, 2009a, p. 1825).

Isso chama a atenção ao cuidado que se deve ter para, sob o título da dogmática de

“Nossa percepção da ‘ciência jurídica’ pandectista do século XIX foi deformada, por bastante tempo, pelos exageros daqueles que tentavam dela se apartar e pela ‘jurisprudência dos conceitos’ estabelecida nessas bases. [...] O verdadeiro Direito, para Windscheid, era ‘exato, mas, ao mesmo tempo, indulgente; fixo e ainda assim livre; firme, mas também flexível’ (isso correspondia ao ideal do Direito Romano clássico), e o verdadeiro jurista, nessa visão, conseguia, como os juristas romanos, ‘servir aos conceitos e livremente elevar-se sobre eles’”. Com isso, Windscheid pressupunha uma “substância” espiritual que desse vida aos conceitos (LARENZ, 1997, p. 39). Os autores do BGB — fruto do pandectismo — “não se sentiam chamados a fornecer definições autorizadas para conceitos fundamentais [...] e, assim, de certo modo, remover essas matérias da discussão acadêmica. [...] o BGB, em regra, não tenta fornecer uma regulação cuidadosa e detalhada de situações particulares encontradas na vida diária, mas, ao revés, coloca ao dispor um conjunto de regras e conceitos que são aplicáveis a uma grande variedade de problemas — entre eles muitos que não poderiam ser imaginados por aqueles que redigiram o código” (ZIMMERMANN; SCHMIDT, 2017, p. 339-340).

⁷⁹ “[...] *est peut-être le signe d’une transhumance des idées vers une réflexion renouvelée du rôle du juge*”.

⁸⁰ Thomas Duve e Hans-Peter Haferkamp (2007 [§ 242, mg. 62], tradução nossa) narram uma resposta de Hermann Struckmann dada a Otto von Gierke, em 1889, quando este último defendia a inclusão, em um projetado código, da proibição geral de abuso: “Cavalheiros, quem quer que preste homenagem às tendências comunistas e socialistas talvez considere todo o sistema de propriedade como um abuso [...]. O que o abuso é, sobre isso as opiniões podem divergir muito [*Meine Herren, wer kommunistischen und sozialistischen Neigungen huldigt, der wird vielleicht die ganze Eigentumsordnung als Mißbrauch auffassen [...]. Was Mißbrauch ist, darüber können die Meinungen sehr weit auseinandergehen*]”.

⁸¹ Na França, Raymond Saleilles propôs a inserção de referência explícita ao ‘princípio geral do Direito’ de vedação ao abuso, mas a comissão de revisão do *Code* rejeitou-a (TULLIO, 2015, p. 17).

⁸² Mario Barcellona (2014, p. 478 et seq., tradução nossa) critica a ‘história’ de que o Direito italiano rejeitou as doutrinas de abuso; para ele, o que ocorreu foi apenas uma opção pela “descentralização do princípio do abuso do direito [*decentramento del principio dell’abuso del diritto*]”, que teria sido consagrado setorialmente nos art. 833, 1337, 1438, 1447 et seq., 1529 et seq. e 2043, dentre outros, do Código Civil italiano. Ele não contesta — ao contrário: reafirma-a —, no entanto, a observação de que houve resistência à introdução de um preceito geral, em razão da preocupação com um possível “intervencionismo judicial [*interventismo giudiziale*]” funcionalizante. Nada obstante, Giuseppe Zaccaria (2016, p. 753, tradução nossa) hoje observa que: “Cento e cinquenta anos de metodologia e de dogmática jurídica tornaram possível a elaboração de critérios e formas de controle que circunscrevem, ainda que certamente não as anulem, as margens de insuperável discricionariedade dos intérpretes [*Centocinquant’anni di metodologia e di dogmatica giuridica hanno consentito di elaborare criteri e forme di controllo che circoscrivono anche se certo non annullano i margini di insuperabile discrezionalità degli interpreti*]”.

abuso, não se legitimar uma criação judicial livre do Direito. Em sua crítica geral ao ‘modelo de ponderação’⁸³, Joachim Rückert fala em uma “falácia realista”:

Da percepção realista de que a ideia de uma única decisão jurídica correta é baseada em ilusão, tanto quanto a de uma subsunção estritamente lógica do enunciado superior para o inferior, *conclui-se com astúcia que não há Direito e não há ordem jurídica, há apenas juízes. O método é, assim, supérfluo*, assim como o é um conceito mais preciso de Direito e de fonte do Direito. Com essa crítica, o Direito e o método e o Estado constitucional são jogados fora com a água de banho. (RÜCKERT, (2017, p. 575, tradução nossa⁸⁴, grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, Friedrich Müller (1986, p. 41 et seq., tradução nossa⁸⁵) observou que há uma confusão — de questionável intencionalidade — entre o “excedente do modelo de silogismo” (e daqui partem tanto concepções de desenvolvimento posterior como de criação do Direito) e o “excedente de ‘interpretação’ além do limite da redação”, ambos impropriamente tratados sob o mesmo título de ‘direito dos juízes’⁸⁶. Que os juízes criam Direito no primeiro sentido é uma obviedade⁸⁷; no segundo — de acordo com Müller —, seria um atentando à separação de poderes. O abuso, porém, pressupõe alguma extrapolação do sentido literal, um ‘direito dos juízes’ inexoravelmente em sentido pejorativo⁸⁸ para Müller (LAUDENKLOS, 2017, p. 439): é precisamente isto que o diferencia do ilícito típico.

A objeção metódica de Müller às doutrinas do abuso — coerente com sua teoria, mas

⁸³ Também criticando o modelo de ponderação (especificamente da teoria dos princípios alexyana), acusando-lhe de utilizar o ‘excedente do modelo de silogismo’ para justificar aquele, Matthias Jestaedt (2021, p. 198): “a concepção de aplicação das regras subjacente à teoria da ponderação, que a entende como ‘subsunção de uma situação fática sob uma hipótese fática normativa [de uma regra] e dedução da consequência jurídica’, é aquela do positivismo legalista ingênuo, que assistia à jurisprudência construtivista dos conceitos, há muito superada. Aqui, o aplicador do direito aparece como um autômato apolítico a realizar subsunções, como um valor neutro na perspectiva da teoria da realização do direito”.

⁸⁴ “*Das begünstigte einen heute bisweilen stark und höchst polemisch vertretenen Methodenzynismus. Aus der realistischen Erkenntnis, die Idee einer einzig richtigen Rechtsentscheidung baue ebenso auf Illusion wie die einer streng logischen Subsumtion vom Obersatz zum Untersatz, wird scharfsinnig gefolgert, es gebe kein Recht und keine Rechtsordnung, es gebe nur Richter. Methode erübrige sich also ebenso wie ein genauerer Rechtsbegriff und Rechtsquellenbegriff. Mit diesem kritischen Bade ausgeschüttet werden Recht und Methode und Verfassungsstaat. Rechtswissenschaftlich steht das frei, rechtspraktisch aber nicht. Der ‚realistische‘ Schluss geht offensichtlich zu weit — eine realistic fallacy*”.

⁸⁵ “*Gewöhnlich werden unter ‚Richterrecht‘ sowohl der Überschuß zum Syllogismusmodell als auch die Fälle eines Überschusses an ‚Auslegung‘ jenseits der Wortlautgrenze angesehen*”.

⁸⁶ “*Richterrecht*”.

⁸⁷ A “criação do direito pela jurisprudência, dando lugar ao *Richterrecht*, [...] é hoje mesmo um lugar comum” (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 607), e “terá de ver-se como irreversível” (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 10).

⁸⁸ Essa pejoração acaba culminando — como aponta Stefan Huster (1993, p. 74, tradução nossa) — no abandono precoce da pretensão de racionalidade: “permitir que os limites da racionalidade coincidam com os limites da dedutibilidade estrita seria abandonar a pretensão de racionalidade de uma grande parte do esforço intelectual [*Die Grenzen der Rationalität mit den Grenzen der strengen Deduktivität zusammenfallen zu lassen, würde aber den Rationalitätsanspruch eines Großteils der intellektuellen Bemühungen preisgeben*]”. Sobre este aspecto da teoria de Friedrich Müller, tratar-se-á com mais detalhes na Seção 2.4.1.1.

imprecisa — será tratada na Seção 2.4.3.2.2, o que não impede de se atentar para o uso impróprio, por parte da literatura, do discurso de ‘direitos dos juízes’ como legitimador do de abuso. Isso fica claro na maneira pela qual Alvino Lima fundamenta as doutrinas do abuso, identificando-as com a excedência (em sentido amplo) à subsunção:

Mas os detratores da teoria do abuso do direito se esquecem que *o chamado arbítrio do juiz é uma necessidade incoercível que se infiltra em tôdas [sic] as aplicações das normas jurídicas*; atacá-lo seria repudiar a própria ação judicial e pretender uma regulamentação jurídica capaz de abranger todos os casos e regulá-los, com tal precisão e clareza, que a missão do julgador se reduzisse a um mero esquadrinhador de normas, aplicadas matematicamente a cada espécie concreta. [...] conclusão indispensável de que *é mera fantasia o temor do poder conferido [pela noção de abuso] ao juiz [...]*. (LIMA, 1956, p. 40-41, grifo nosso).

“Mera fantasia”? Isso será discutido na Seção 3.2, especificamente no âmbito dos direitos fundamentais: em um ambiente já propiciamente sujeito ao alargamento dos poderes judiciais, como é recebido o poder adicional de declarar ilícito um comportamento que, por interpretação ‘em abstrato’ da estrutura formal do direito, deveria gozar proteção jurídica?

De todo modo, desde logo não se pode concordar com a assimilação do abuso ao livre “arbítrio do juiz” — seja para negar aquele, seja para reconhecê-lo. No caso das doutrinas do abuso, a diferença que precisa ser traçada é entre o papel criativo (pressuposto da noção) e a “libertinagem argumentativa” (que apenas usa a “força persuasiva” da noção de abuso para legitimar a repressão judicial a um comportamento abstratamente tido como lícito) (GENTILI, 2012, p. 330, tradução nossa⁸⁹) — não a distinção metódica entre ‘dentro’ e ‘fora’ dos limites do texto normativo.

Essa ‘libertinagem’ é bem exemplificada em Warat (1969, p. 86-95, tradução nossa⁹⁰), que sustenta que o abuso integra a “parte intuitiva do ato de decisão”, fornecendo apenas uma “fachada de justificação” para criação de novas limitações normativas, um “encobrimento mítico” das considerações determinantes da decisão judicial (um tema ao qual se retornará na Seção 4.2). Esse alargado arbítrio judicial seria limitado apenas pelas

⁸⁹ “*La giurisprudenza pratica e teorica che ricorre all’idea di abuso è piuttosto presa dalla sua potenza creatrice (o dal suo libertinaggio argomentativo): esso rovescia le connotazioni usuali, e ciò che altrimenti sarebbe diritto diventa illecito, ciò che altrimenti sarebbe repressione di diritti diventa repressione di abusi; e tutto questo grazie alla forza persuasiva dell’‘abuso’ facendo economia di altri argomenti giustificativi. Il dubbio che ciò non sia propriamente legale è soverchiato dal sentimento che sia giusto*”.

⁹⁰ “[...] de esta forma se otorga al juzgador el respaldo legal necesario para desarrollar plenamente la parte intuitiva del acto de decisión. [...] El juzgador debe cubrir con una mítica caparazón normativa su acto de administración [...]. El concepto de Abuso del Derecho sería entonces [...] una de esas fachadas de justificación que le permitiría al juez establecer una nueva limitación normativa, y mantener, al mismo tiempo, la imagen de que la normatividad preexistente no hay cambiado”.

possibilidades do campo da “consciência jurídica coletiva”, aquela que “aspira a uma modificação do direito positivo vigente” (WARAT, 1969, p. 60-69, tradução nossa⁹¹). Há a correta percepção de que o abuso fornece uma tremenda ferramenta ao Poder Judiciário, mas a proposição, como instância de controle, de uma etérea “consciência coletiva” não previne de maneira nenhuma os abusos do (discurso de) abuso. Da mesma maneira, Enrique Cuentas Ormachea (1997, p. 474-482, tradução nossa⁹²) sustenta que a coibição do abuso só é possível com o reconhecimento do “arbítrio judicial” — que, segundo o autor, não deve se confundir com a “arbitrariedade judicial”, porque limitado aquele à aferição dos elementos de intencionalidade, finalidade, boa-fé, costumes e usos do comércio, utilidade e equidade. Esta última limitação, no atual estágio da Ciência Jurídica, pouco limita⁹³. E Almeida e Lamêgo (2017, p. 330) entendem que o dever de probidade do juiz é suficiente para controlar a atividade criativa judicial, relacionada ao discurso de abuso — o que é claramente insuficiente, já que as hipóteses restringem-se ao dolo e à fraude (art. 143 do Código de Processo Civil (CPC)⁹⁴).

Fernandez Sessarego (1992, p. 31-32) toma o rumo correto, mas ainda com passo tímido, ao estabelecer como limites à arbitrariedade judicial na valoração de abuso o texto da lei, a doutrina e os precedentes judiciais — a traduzirem a “consciência jurídica coletiva” (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 186). Para ele, como já citado: “O julgador requer contar com uma firme e clara doutrina sobre o abuso de direito que ilumine sua tarefa criadora” (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 10, tradução nossa⁹⁵). É importante esse reconhecimento do fenômeno, mas o jurista peruano não avança exatamente sobre o que é essencial no controle do arbítrio judicial no discurso de abuso: os parâmetros de identificação. Pior: citando Guillermo Borda, entende ser “eloquente a prudência com que juízes do mundo inteiro têm usado o poder de reconhecimento do abuso”

⁹¹ “*Como segundo componente constitutivo del acto abusivo, mencionarse la existencia de una fuerte presión social, reflejada a través de la normatividad espontánea o conciencia jurídica colectiva que aspira una modificación del derecho positivo vigente*”.

⁹² “*La arbitrariedad significaría que el juez expida una resolución sin tener en cuenta la ley, ni la doctrina ni los principios de derecho o ateniéndose a una interpretación muy personal y capciosa de la ley. En cambio, el arbitrio judicial significa que el juez se sujeta a una norma, a un principio doctrinario y toma en cuenta el criterio de equidad*”.

⁹³ Sobre isto, cf. KÄHLER, 2022 [§ 242, mg. 226-232].

⁹⁴ “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte” (BRASIL, 2015a).

⁹⁵ “*El juzgador requiere contar con una firme y clara doctrina sobre el abuso del derecho que ilumine su tarea creadora*”.

(FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 8, tradução nossa⁹⁶) — algo com que, com olhar na jurisprudência brasileira, não se pode concordar.

Estes dois pressupostos identificados a partir da doutrina civilista do abuso replicam-se em questões epistemológicas da noção de abuso de direitos fundamentais, com características próprias — o que se verá na Seção 2.2.

1.2 A noção de abuso como “atalho” justificatório

O uso jurisprudencial da noção de abuso de direito suscita, de modo geral, duas grandes questões. Sob o ponto de vista da teoria da norma, percebe-se que a noção não tem um conteúdo unitário, mas espectral — no dizer de Judith Martins-Costa (2008, p. 58), “a expressão ‘abuso do direito’ recobre, na verdade, os variados casos de *exercício jurídico inadmissível*” —; à luz da teoria da decisão judicial, ela oferece ao juiz um ‘atalho’ no momento de justificar racionalmente sua decisão — mas, exatamente em razão da fragmentação do discurso, a simples referência a ‘o’ abuso termina por nada dizer. De ambas as questões, decorrem problemas metódicos para o discurso jurisprudencial de abuso de direito fundamental.

1.2.1 Abuso como “conceito reunidor”

A identificação dos parâmetros de qualificação de um comportamento como abusivo é o cerne problemático das doutrinas do abuso. Pascal Ancel e Claude Didry (2001, p. 59, tradução nossa⁹⁷), ao tratarem delas, concluem de maneira bastante didática que, “acima de tudo, há a questão dos critérios”. E a questão é verdadeiramente “tormentosa” (LEVY, 2022, p. 33): como observado por Laurent Eck (2005, p. 5, tradução nossa⁹⁸), a investigação dos parâmetros da ultrapassagem dos limites permissivos abstratamente interpretados a partir do texto tem “dilacerado” a Ciência Jurídica.

Henri Capitant (1928, p. 375), há quase cem anos, já questionava — respondendo negativamente — se seria pertinente reunir, em uma fórmula única, o “leque de critérios” adotados pelos tribunais para identificar o abuso. Tanto autores ‘clássicos’ da doutrina do abuso — como Louis Josserand, Lucien Campion e José Olímpio de Castro Filho —, como

⁹⁶ “Y agrega, con convicción y recurriendo a la experiencia de las últimas décadas, que es ‘muy elocuente la prudencia con que los jueces del mundo entero han usado este poder’, por lo que, en la práctica, se ha demostrado que los temores expresados por cierto sector de juristas adversarios de la teoría del abuso del derecho es inconsistente”.

⁹⁷ “D’autre part, et surtout, il y a la question des critères [...]”.

⁹⁸ “Le dépassement des limites internes de la permission a déchiré la doctrine”.

contemporâneos — a exemplo de Cunha de Sá, Peter Mäder, Christoph Knödler, Andras Sajó e Eck — recorrem a classificações que consideram diferentes abordagens do abuso. Josserand (1939, p. 407) chega a afirmar que os “motivos ilegítimos” — abusos, portanto — só podem ser identificados fragmentariamente, por meio de exemplos (conluio, fraude à lei, dolo, intenção de prejudicar, má-fé, desvio, negligência, falta etc.). Luis Alberto Warat (1969, p. 22, tradução nossa⁹⁹), muito embora não se dedique a apresentar uma classificação própria, aponta que a determinação do sentido jurídico do termo ‘abuso’ deve começar pela enumeração dos diversos “exemplos típicos que integram seu campo denotativo”.

É importante considerar, aqui, a falta de uniformidade na caracterização de ilicitude de espécie abusiva. O tratamento dogmático é, em alto grau, arbitrário: Philipp Eichenhofer (2019, p. 58) observou que um hipotético legislador do início do século XX, uma vez confrontado com casos que variavam desde conflitos de vizinhança até trabalhadores furiosos, passando por críticas literárias e litigantes processuais ardilosos, muito dificilmente teria dado a eles um tratamento jurídico uniforme, sob o título de ‘abuso’. São necessários “esforços criativos extremos” das doutrinas, a fim de se fazerem esses casos tão díspares aparecerem como aplicações de uma ideia única (EICHENHOFER, 2019, p. 98, tradução nossa¹⁰⁰).

Como compilado por Lisa Schneider (2015, p. 41), a valoração de abuso pode estar ligada ao modo impróprio de exercer uma potestade, às circunstâncias do exercício, à violação de deveres conexos ou a um desvalor intrínseco ao próprio direito. Esse “caráter camaleônico” (IONESCU, 2009, p. 381, tradução nossa¹⁰¹), essa ‘plasticidade’ (TARTUCE, 2004, p. 96), é precisamente a explicação para o sucesso da “noção plural” de abuso (MINGAM; DUVAL, 1998, p. 554 et seq., tradução nossa¹⁰²): não há ‘o’ abuso, mas vários deles, adaptáveis a situações concretas muito diversificadas.

Por outro lado, a dificuldade de sistematização faz com que ‘o’ abuso se pareça, para alguns, com a besta de Gévaudan¹⁰³: “ele existe desde que pessoas confiáveis o

⁹⁹ “En términos generales, la determinación de la intensidad de una palabra del lenguaje natural puede comenzar por una enumeración de los ejemplos típicos que integran su campo denotativo”.

¹⁰⁰ “Von Beginn an waren unter der Rubrik ‘abus de droit’ Fälle versammelt, die sich strukturell deutlich unterscheiden. Es bedurfte äußerster kreativer Anstrengungen der doctrine, um diese verschiedenartigen Fälle als Anwendungen eines einheitlichen Grundprinzips erscheinen zu lassen”.

¹⁰¹ “Le principe s’adapte à chaque situation en cause et, par voie de conséquence, a un caractère ‘caméléonien’”.

¹⁰² “La variété des sanctions, la variété des critères rendent parfaitement compte de cette notion plurielle aux multiples facettes”.

¹⁰³ “Uma besta lendária, parecida com um lobo, que surgiu na região montanhosa de Gévaudan, na França, entre 1764 e 1765, estimulou a imaginação de muita gente na Europa naquela época [...]. O ser macabro atacou

encontraram, mas, apesar desses testemunhos sérios, continua sendo difícil ter uma ideia exata de como ele se parece exatamente” (DURAND, 2003, p. 378, tradução nossa¹⁰⁴). É tarefa da Ciência Jurídica esclarecer se a ‘besta’ do abuso, afinal, é um lobo e/ou não é um lobo.

O método invariavelmente utilizado pelas doutrinas para chegar às suas classificações é o indutivo: parte-se sempre de reconhecimentos¹⁰⁵ concretos do abuso — a “situação ‘típica’ de abuso” (MÄDER, 1998, tradução nossa¹⁰⁶) —, buscando-se identificar os “aspectos tipicamente decisivos” da valoração (HENKEL, 1958, p. 44, tradução nossa¹⁰⁷), aqueles traços essenciais da *ratio* da valoração que permitam a sua reunião com outros semelhantes (JUNG, 2006, p. 58-59; WEBER, 1992, p. 527 et seq.). Isso já foi chamado de identificação dos “sintomas” do abuso (PALOMBELLA, 2006, p. 5-6 tradução nossa¹⁰⁸), mas, na linguagem jurídica, esse mecanismo ficou definitivamente conhecido como “grupos de casos”¹⁰⁹ (LEIDNER, 2019, p. 87; KNÖDLER, 2000, p. 113; HENKEL, 1958, p. 44).

Esses grupos de casos podem ser, por sua vez, reunidos (novamente, agora em um segundo nível) em grandes abordagens. A síntese mais abrangente da pluralidade d’o’

mulheres e crianças, arrancou suas cabeças e, supostamente, sugou seu sangue. Os incidentes, que iam se acumulando, logo foram associados a algum poder maligno sobrenatural, e a besta de Gévaudan passou a ser descrita como um lobisomem, capaz de resistir a armas de fogo. [...] O governo, em situação financeira difícil e humilhado numa guerra contra a Prússia, pesando ainda mais sobre a população com novos impostos, era também envergonhado pela besta de Gévaudan. Entre março e abril de 1765, 14 vítimas foram devoradas. Por fim, um enviado real abateu um grande lobo, que foi apresentado ao rei. Mas não se tratava de um ser anormal, muito menos sobrenatural. Pouco a pouco, os eventos na região passaram a ser atribuídos a grupos de lobos [...]” (BELMONTE; GARCIA; ELIAS, 2012).

¹⁰⁴ “*L’abus de droit présente des affinités avec la bête du Gévaudan : il existe puisque des gens dignes de foi l’ont rencontré mais, en dépit de ces témoignages sérieux, il demeure difficile d’avoir une idée exacte sur ce à quoi il ressemble précisément*”.

¹⁰⁵ Em geral, mas não necessariamente, de decisões judiciais. Sobre isto, cf. nota de rodapé 1319.

¹⁰⁶ “*Allen Fällen ist dabei die ‚typische‘ Rechtsmißbrauchssituation gemeinsam: Es besteht bei richtiger materieller Betrachtung eben nur der Anschein eines subjektiven Rechts oder einer Rechtsstellung*”.

¹⁰⁷ “*Im Zusammenwirken der Praxis mit der dogmatisierenden Wissenschaft gelang es, die zunächst vollkommene Unbestimmtheit der Klauseln durch Herausarbeitung von ‚Rechtsgedanken‘ zu überwinden und ihnen weitergehend die Form von begrifflich-dogmatisch gefestigten ‚Grundsätzen‘ zu geben. Auf diese Weise erreichte man es, diejenigen Gesichtspunkte, die typischerweise bei der Beurteilung von Verhaltensweisen als Verstoß gegen die ‚guten Sitten‘ oder gegen ‚Treu und Glauben‘ maßgeblich sind, zusammenzufassen und auch unter dem Gesichtspunkt der durch sie bewirkten Rechtsfolgen zu ordnen*”.

¹⁰⁸ “*The pre-condition for an abuse is that by exercising an individual right granted by a legal rule, an injury is caused to a third party’s interest, evidently ‘not safeguarded by a specific legal prerogative’ (otherwise there would be a simple violation of conflicting rules, not an abuse). [...] Of course this would only remain an empty formula without the criteria needed to identify at least the ‘symptoms’ of an abuse*”.

¹⁰⁹ “*Fallgruppen*”.

abuso encontra-se na concepção de Peter Mäder (1998, tradução nossa¹¹⁰), que concluiu que as “valorações de abuso” não são um trabalho desordenado de fazer justiça em casos individuais, “mas sim a aplicação de princípios e máximas que são imanentes ao sistema jurídico e que só em seu meio podem ser determinados”. Nesse contexto, sistematizou, sob o “conceito reunidor de abuso”¹¹¹, quatro grandes abordagens coexistentes, relativas: (1) ao objetivo/interesse no exercício de um direito (proibição de chicana¹¹², imoralidade de propósito, inexistência de interesse protegido, violação da finalidade, benefício desproporcional ao encargo, exercício hostil do exercício); (2) à aquisição reprovável de um direito/de uma posição fática (violação do fundamento contratual ou não contratual do direito, aquisição reprovável); (3) ao comportamento autocontraditório; e (4) à *Verwirkung*¹¹³ por conduta reprovável. Fica claro, com essa classificação, que ao falar-se de ‘abuso’ em um caso concreto, pode-se estar falando de coisas muito diversas.

Um bom exemplo da pluralidade de abordagens de abuso encontra-se no art. 3.13 do *Burgerlijk Wetboek*, o Código Civil holandês¹¹⁴, após reforma promovida em 1992:

Um direito pode ser abusado, entre outros, quando é exercido sem outra finalidade que não seja a de prejudicar outra pessoa, ou com outra finalidade que não aquela para a qual é concedido, ou quando o uso dele, dada a disparidade entre os interesses que são servidos por sua efetivação e os interesses que são prejudicados como resultado

¹¹⁰ “Festzuhalten ist aber, daß es sehr verschiedene Tatbestände sind, die unter dem Sammelbegriff des ‚Rechtsmißbrauchs‘ zusammengefaßt werden. Ich habe 1994 versucht, aus den einschlägigen Tatbeständen und ihrer Verarbeitung durch die Rsp das folgende Fallgruppensystem zu erstellen: Fallgruppe I: Zweck/Interesse an einer Rechtsausübung 1. Mißbilligung bestimmter Zwecke und Interessen a) Schikane und schikaneähnliche Tatbestände b) Andere Sittenwidrigkeit des Rechtsausübungszwecks 2. Fehlen geschützter Ausübungsinteressen a) Fehlen irgendeines geschützten Interesses b) Fehlen eines bestimmten Interesses: Zweckwidrigkeit 3. Interessenmißverhältnis a) Mißverhältnis Nutzen des Rechtsausübenden/Belastung des Betroffenen b) Schonende Rechtsausübung/rücksichtsloser Eigennutz Fallgruppe II: Mißbilligter Erwerb eines Rechts/einer tatsächlichen Position mit Rechtsfolgen 1. Vertragliche Begründung eines Rechts 2. Nichtvertragliche Grundlage eines Rechts 3. Mißbilligter Erwerb einer tatsächlichen Position mit Rechtsfolgen Fallgruppe III: Widersprüchliches Verhalten Fallgruppe IV: Verwirkung durch mißbilligtes Verhalten [...] Beim Einsatz von Mißbrauchswertungen handelt es sich nicht um ein mehr oder weniger unsystematisches Wirken von Gedanken der Einzelfallgerechtigkeit, um sonst nur schwer erträgliche Ergebnisse der ‚ordentlichen‘ Rechtsanwendung zu korrigieren, sondern um die Anwendung von Prinzipien und Grundsätzen, die der Rechtsordnung immanent sind und die nur ermittelt werden müssen”.

¹¹¹ “Sammelbegriff des Rechtsmißbrauchs”. Cf., ainda, a qualificação do PWW Kommentar, do abuso como sinopse (Zusammenfassung) de “diversos institutos jurídicos e formas de argumentação tradicionais” (no original: “In den Bereich der begrenzenden Wirkung von Treu und Glauben fallen va die verschiedenen überkommenen Rechtsinstitute und Argumentationsformen, welche sich unter der Bezeichnung unzulässige Rechtsausübung und Rechtsmissbrauch zusammenfassen lassen”) (KRAMME, 2021 [§ 242, mg. 28], tradução nossa).

¹¹² Sobre a proibição de chicana (*Schikaneverbot*), cf. os comentários sobre a evolução da doutrina alemã do *allgemeine Verbot unzulässiger Rechtsausübung*, na Seção 1.3.2.1.

¹¹³ Sobre a manutenção do termo em alemão, cf. nota de rodapé 658.

¹¹⁴ Jan Peter Schmidt (2009, p. 470) lamenta que o Código Civil brasileiro não tenha seguido o modelo holandês — o que, segundo ele, teria evitado algumas deficiências do art. 187.

disso, por qualquer razão tem que ser obstado ou suspenso. (HOLANDA, 1838, tradução nossa¹¹⁵).

No dispositivo acima, há menção a três abordagens (intenção de prejudicar, desvio de finalidade e desproporção entre vantagens e prejuízos). Sajó (2006, p. 40, tradução nossa¹¹⁶) vê no dispositivo citado acima um “sumário (ou compilação)” de tendências ecléticas de compreensão do abuso de direito — muito embora a confrontação com a lista das abordagens de Mäder mostre que a extensão do reconhecimento legal da proibição de abuso, na Holanda, foi ainda bastante restrita. De todo modo, a eventual referência a ‘o’ abuso, sem remissão às distintas abordagens, seria incompreensível.

Também no Brasil, evidencia-se algo semelhante: o art. 187 do Código Civil remete a definição de ilícito (que é apenas doutrinariamente considerado abusivo¹¹⁷) ao desvio de finalidade, à violação da boa-fé e ao desrespeito aos bons costumes (BRASIL, 2002). Das três remissões, duas são àquilo que se convencionou — após famosa monografia de Justus Wilhelm Hedemann (*Die Flucht in die Generalklauseln*, de 1933) (JUNG, 2006, p. 37) — intitular cláusulas gerais: boa-fé e bons costumes.

Flávio Tartuce (2015, p. 452), a partir da leitura do art. 187 do Código Civil, conclui que “o abuso do direito está amparado em *cláusulas gerais*”, dentre as quais a da ‘finalidade social’¹¹⁸. Apesar da impropriedade da qualificação da ‘finalidade social’ como cláusula geral, tudo o que foi afirmado acima vale, sem necessidade de digressões mais profundas, para este último conceito reunido sob a “etiqueta doutrinária” de abuso — a expressão, pertinente, é de José de Oliveira Ascensão (2006, p. 79). Oliveira Ascensão (2006, p. 73) inclui a contrariedade ao fim do direito como uma das “causas valorativas” do abuso, ao lado das violações à boa-fé e aos bons costumes (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2006, p. 73). O desvio de finalidade é, assim como as cláusulas gerais da boa-fé e dos bons costumes, um “conceito com necessidade de realização de valor” — na

¹¹⁵ “A right may be abused, among others, when it is exercised with no other purpose than to damage another person or with another purpose than for which it is granted or when the use of it, given the disparity between the interests which are served by its effectuation and the interests which are damaged as a result thereof, in all reason has to be stopped or postponed”.

¹¹⁶ “Article 3.13 of the new Civil Code of the Netherlands represents a summary (or compilation) of these somewhat eclectic trends in the understanding of abuse of rights”.

¹¹⁷ José de Oliveira Ascensão (2006, p. 81) observa que o Código Civil, em seu art. 187, não menciona expressamente a “etiqueta” abuso (ao contrário do Código Civil português, por exemplo) — motivo por que sustenta que, aqui, dever-se-ia abandoná-la. No entanto, o autor deixa de considerar que a “etiqueta” do abuso é expressamente mencionada na CRFB, quanto ao direito de greve (art. 9º, § 2º) (BRASIL, 1988).

¹¹⁸ De modo semelhante, Bruno Miragem e Ana Badia (2019) tratam da “cláusula geral do art. 187 do Código Civil brasileiro”, e José Luiz Levy (2022, p. 21, grifo nosso) vê o dispositivo como “uma ‘cláusula geral’”.

expressão de Henkel (1958, p. 47, tradução nossa¹¹⁹). O desvio de finalidade impõe considerações de “critérios teleológicos” sob cujo rótulo “uma pluralidade de subcritérios é reunida, que também são bastante heterogêneos”, como afirma Giorgio Pino¹²⁰ (2006, p. 28, tradução nossa¹²¹).

Isso leva à conclusão de que: “A ideia de abuso em si não contém nenhum ponto de vista material” (RÜPING; DORNSEIFER, 1977, p. 418, tradução nossa¹²²). O abuso é técnica (de remissão, especialmente a cláusulas gerais), não conceito substantivo (ZUYLEN, 2011, p. 345). É exatamente neste contexto que Pietro Rescigno (1965, p. 207) observa que os caminhos que se percorrem para identificar um ilícito abusivo são muito diferentes, a depender da abordagem adotada.

1.2.2 *Imprescindibilidade prática de formulação dogmática de grupos de casos (abertos), para a aplicação racional da proibição de abuso*

O abuso é, como visto acima, ‘conceito reunidor’ em duas camadas de “aperfeiçoamento progressivo” (HENKEL, 1958, p. 44-45, tradução nossa¹²³): na primeira, reúnem-se diversas abordagens (na jurisprudência brasileira sobre o abuso de direitos fundamentais, como se verá na Seção 3.3, são: desvio da finalidade, evitação e violação a dever associado ao direito, intencionalidade danosa, realização anormal, causação de dano desnecessário, negação do fundamento axiológico, violação da boa-fé objetiva e desrespeito à moral); na segunda, reúnem-se os grupos de casos dessas abordagens — i. é: os grupos de casos de concretização das cláusulas gerais e de técnicas afins às quais a fórmula legal e/ou dogmaticamente consagrada de abuso remete.

Ralph Weber (1992, p. 522 et seq.) constata que, a despeito de muito discutidas, as

¹¹⁹ “*wertausfüllungsbedürftigen ‘Begriff’*”.

¹²⁰ Giorgio Pino é saudado por Giuseppe Zaccaria (2016, p. 749) como o autor que mais contribuiu ao debate sobre os critérios do abuso de direito na Itália; e Paolo Comanducci (2012, p. 26, tradução nossa) afirma, sobre os seus trabalhos sobre o abuso, que eles “constituem a melhor e mais recente análise realizada na Itália sobre o assunto” (no original: “*Come ha mostrato, in modo dettagliato e rigoroso, anche Giorgio Pino in alcuni lavori che costituiscono l’analisi migliore e più recente svolta in Italia sull’argomento, gli elementi problematici, in questa [de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero] come in altre definizioni dell’abuso del diritto, sono molteplici*”).

¹²¹ “*Sotto l’etichetta di ‘criteri teleologici’ si raccoglie quindi una pluralità di sotto-criteri anche piuttosto eterogenei tra loro (che però, nuovamente, nel discorso dottrinale e giurisprudenziale si possono presentare variamente combinati e aggrovigliati)*”.

¹²² “*Der Mißbrauchsgedanke enthält selbst keine materialen Gesichtspunkte, sondern verweist auf die Frage nach der sinnvollen Verwirklichung der Funktion eines Rechtsinstituts*”.

¹²³ “*Die einmal in Gang gekommene Arbeit der Dogmatisierung mußte folgerichtig zu weiteren Gliederungen und Untergliederungen (Unzulässigkeit des venire contra factum proprium, des rücksichtslosen, übermäßigen Eigennutzes; unzulässige Berufung auf Nichtigkeit wegen Formmangels usw.) sowie zu einer fortschreitenden Verfeinerung in der begrifflichen Ausbildung und Darstellung der einzelnen Rechtsprinzipien führen*”.

cláusulas gerais não são satisfatoriamente definidas pela Ciência Jurídica. Ao contrário, fala-se geralmente apenas em dispositivos legais com *Tatbestände* carentes de posteriores especificações — contudo, isso é inerente a quase todas as formulações textuais da lei (com a provável exceção apenas dos dados numéricos). Por isso, Weber define a cláusula geral como uma disposição legal na qual

os conceitos jurídicos utilizados pelo legislador para definir o *Tatbestand* são caracterizados por um grau tão elevado de abstração e indeterminação de conteúdo que, além da inevitável indefinição marginal na periferia conceitual, *um núcleo conceitual que possa ser claramente substanciado em termos de conteúdo não pode mais ser atribuído a eles.* (WEBER, 1992, p. 524, tradução nossa¹²⁴, grifo nosso).

Essa se tornou uma definição praticamente consensual¹²⁵ — muito embora, como se verá, parem ainda dúvidas sobre as consequências dela advindas. É com essa definição que se trabalhará aqui. Pense-se, por exemplo, na cláusula geral de boa-fé — presente tanto no § 242 do BGB como no art. 187 do Código Civil —: não existe, na natureza, algo como boa-fé (a boa-fé não é um dado natural); tampouco há um entendimento consensual prévio sobre o que ela signifique, de modo abstrato. Isso implica o reconhecimento, pelo legislador, da impossibilidade e/ou da insatisfatoriedade de tratar abstratamente alguns casos concretos singulares de maneira abstrata¹²⁶.

Contudo, isso não pode significar — como pleiteado explicitamente pela Escola de

¹²⁴ “Als Generalklausel können damit nur solche Vorschriften bezeichnet werden, in denen sich die vom Gesetzgeber zur tatbestandlichen Fixierung verwandten Rechtsbegriffe durch einen so hohen Grad an Abstraktion und inhaltlicher Unbestimmtheit auszeichnen, daß ihnen neben den unvermeidlichen Randunschärfen im Begriffshof auch ein inhaltlich eindeutig belegbarer Begriffskern nicht mehr zugerechnet werden kann”.

¹²⁵ Por todos, cf. o MÜKoBGB (SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 30]). Uma definição divergente é a de Thiago Rodovalho dos Santos (2009, p. 157 et seq.): “é ponto característico e ínsito às cláusulas gerais o fato de que as soluções (efeitos) decorrentes de sua aplicação são criadas pelo juiz. [...] Desse modo, isso significaria afirmar que se numa determinada situação concreta verificar-se que houve ‘abuso de direito’, os efeitos (solução) decorrentes da incidência do CC 187 seriam criados pelo juiz, conforme as circunstâncias do caso concreto”. Essa definição baseia-se na de Judith Martins-Costa (2018, p. 158-161), que diferencia conceitos jurídicos indeterminados de cláusulas gerais “em sentido próprio” pelo critério da necessidade de complementação, pelo intérprete, da consequência devida. A despeito disso, Martins-Costa admite que as cláusulas gerais “em sentido próprio” podem trazer indicados já os “efeitos incidentes ao caso concreto”, cabendo ao intérprete, então, apenas os graduar. Não se entende, então, o motivo da criação dessa nova espécie dogmática. No PWW *Kommentar*, fala-se em “cláusula geral dupla”, quando há insuficiência dos elementos do *Tatbestand* e nenhuma consequência jurídica especificada (no original: “§ 242 enthält keine subsumtionsfähigen Tatbestandsmerkmale und auch keine konkreten Rechtsfolgen; es handelt sich um eine doppelte Generalklausel, welche in Tatbestand und Rechtsfolgen offen ist”) (KRAMME, 2021 [§ 242, mg. 8], tradução nossa) — porém isso não impede que se qualifiquem como cláusulas gerais os textos normativos com *Tatbestände* extremamente indeterminados, mas consequências jurídicas determinadas. Jan Peter Schmidt (2009, p. 403), ainda que fazendo a ressalva da posição de Martins-Costa, considera que as cláusulas gerais podem ser assim caracterizadas tanto pelo lado do *Tatbestand* como pelo lado das consequências jurídicas.

¹²⁶ Fala-se em “conteúdo normativo próprio [...] [apenas] mínimo” (no original: “Die Vorschrift setzt ganz überwiegend keine eigenen Wertungen durch, sondern ist ein Instrument zum Transport fremder Wertungen; der eigene normative Gehalt von § 242 ist damit minimal”) (KRAMME, 2021 [§ 242, mg. 2], tradução nossa).

Direito livre¹²⁷ —, uma ‘carta branca’ para o juiz decidir de acordo com sua intuição, um “salto no desconhecido” (JUNG, 2006, p. 57, tradução nossa¹²⁸). Ou seja: cláusulas gerais, como a da boa-fé e dos bons costumes, não são uma delegação de poder aos juízes, para que estes decidam como desejarem, obedecendo apenas ao seu senso de justiça e à razão prática por si ‘captada’ (WEBER, 1992, p. 525-526). Muito embora indispensáveis para que o Direito mantenha-se em constante desenvolvimento (conferindo-lhe ‘elasticidade’), há “uma necessidade de trabalho constante na definição precisa e delimitação destas cláusulas gerais em normas jurídicas concretas” (HUECK, 1947, p. 19, tradução nossa¹²⁹) — ou, no dizer de Otavio Luiz Rodrigues Jr. (2019 [§ 58]), o poder conferido aos juízes obriga, como contrapartida, “a um permanente esforço para se conferir contornos e dar concretude às cláusulas gerais em sua aplicação aos casos práticos”. Como? “Os *critérios de apoio* para [...] aplicação e determinação concretas das cláusulas gerais só podem ser oferecidos por uma ‘*comparação de casos*’ ou pela função exemplar de uma casuística de precedentes”¹³⁰ (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 74 [nota de rodapé 151], grifo nosso).

Exatamente por essa razão, a Ciência Jurídica, especialmente a germanófona, investiu na criação de grupos de casos como método de concretização¹³¹ — um movimento

¹²⁷ A formação da Escola de Direito livre (*Freirechtsschule*) pode ser explicada como resultado da substituição do medo do juiz arbitrário pelo medo de que o Direito (legal) ficasse cego para o caso singular (WEBER, 1992, p. 519). Propunha-se o abandono de todo o rigor formal do Direito (DIAS, 1993, p. 9). Esta escola tinha uma relação intrínseca com a boa-fé objetiva, uma vez que o § 242 do BGB era visto como “parágrafo real [*königliche Paragraphen*]” (WEBER, 1992, p. 525-526, tradução nossa): Ernst Fuchs, o “mais radical” destes autores (GARCÍA AMADO, 1997, p. 804), sustentou em 1926 que esta seria o “ponto arquimédiano com base no qual é possível derrubar o velho mundo jurídico” (no original: “Yet, an idea had taken root, which prompted a ‘free law’ advocate Ernst Fuchs to triumphantly declare in 1925 that good faith constituted the ‘Archimedian point on the basis of which it is possible to unhinge the old legal world’”) (HAFERKAMP, 2016, p. 565, tradução nossa). A boa-fé como ‘válvula de escape’ para a promoção pelo juiz de rupturas éticas do Direito manteve-se na ordem do dia mesmo após 1945: Hans-Peter Haferkamp (2016, p. 567) narra que se chegou ao ponto de o governo militar britânico de ocupação da Alemanha Ocidental, em 1947, explicitamente proibir a utilização dos §§ 157, 242 e 607 pelos tribunais alemães para evadirem-se das regulamentações expedidas.

¹²⁸ “*Es ist im deutschen und französischen Recht nahezu unbestritten, daß die Generalklauseln als höchst unbestimmte Regelungen der Präzisierung bedürfen, um möglichst auch in diesem Bereich ursprünglicher Orientierungslosigkeit den Sprung ins Ungewisse (saut dans l’inconnu) zu vermeiden, die Gefahr willkürlicher Entscheidungen zu bannen, die Rechtssicherheit zu gewährleisten, die Rechtsanwendung zu vereinfachen sowie die Lehr- und Lernbarkeit herzustellen*”.

¹²⁹ “*Solche Generalklauseln sind für jedes sich lebendig fortentwickelnde Recht unentbehrlich, weil sie die nötige Elastizität der Rechtsanwendung gewährleisten. Aber es bedarf auch der ständigen Arbeit an der genauen Festlegung und Abgrenzung dieser Generalklauseln in konkreten Rechtsnormen*”.

¹³⁰ Antônio Castanheira Neves (1983, p. 184, p. 266-268) fala, nesse sentido, em uma “específica racionalidade normativa” das cláusulas gerais, caracterizada por uma ‘casuística de apoio’ que, uma vez dogmaticamente formulada (a “aquisição dogmática de uma experiência normativa concreta”), serve “de exemplos ou de modelo”. Apenas desse modo se torna possível afastar-se dos extremos das ilusões exegética e de criação livre do Direito (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 187). Castanheira Neves (1983, p. 266, p. 184 [nota de rodapé 595]) cita, em apoio à sua concepção, Franz Wieacker, Josef Esser, Karl Engisch e Karl Larenz.

¹³¹ 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,

que Hans-Peter Haferkamp (2016, p. 569, tradução nossa¹³²) intitulou “domesticação por aplicação” —, o que, no mínimo, relativiza a “liberdade de interpretação” do juiz fundada nas cláusulas gerais sustentada, por exemplo, por Robert Alexy e Ralf Dreier (1991, p. 107, tradução nossa¹³³). Fala-se, assim, quanto à boa-fé, por exemplo, em *venire contra factum proprium*, inalegabilidade formal, *suppressio e surrectio*, *tu quoque* e desequilíbrio no exercício¹³⁴ (MENEZES CORDEIRO, 2005).

Heinrich Henkel (1968, p. 583-586, tradução nossa¹³⁵) observa que a formulação de grupos de casos é uma imposição da própria ideia de Direito, porque o Direito é realização contínua, e esta não é possível sem algum grau de generalização (caso contrário, não haveria ‘continuidade’, mas sempre sucessivas novidades). Por mais que se permita a incursão sobre a individualidade do caso concreto — e, sem dúvidas, as cláusulas gerais permitem-na —, é impositivo colocar-se o caso individual em cotejo com outros, comparáveis. Exigem-se “pontos de apoio firmes no mar da casuística”, e esses são providos exatamente pelos grupos de casos — entendidos como resumos de estruturas ordenadoras dogmaticamente formulados. Assim, para Henkel, ao impulso individualizador da cláusula geral segue-se (deve-se seguir!) um impulso oposto, de generalização e institucionalização.

É contra essa metódica agrupadora (ou reunidora) dos grupos de casos de abuso de direito que se colocam duas posições muito contundentes. A primeira é de Martijn

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 (KAUFMANN, 1976, p. 70, p. 98-99). Jan Peter Schmidt (2009, p. 470) 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).

¹³² “In so far as the ‘objective order of values’ of the constitution having replaced the philosophically freely construed concepts of justice after 1945, the contemporary gains for the rule of law could not be overlooked. Good faith was now domesticated precisely by being applied”.

¹³³ “Naturally interpretation depends on the structure of the statute. The more general and vague its terms are, the greater is the freedom of interpretation. This holds especially for general clauses”.

¹³⁴ Esses grupos de casos “reconhecidamente não são exaustivos nem livres de sobreposições; uma terminologia uniforme também ainda não foi estabelecida” (no original: “Aus den zahlreichen Fallkonstellationen unzulässiger Rechtsausübung haben sich einige typische Fallgruppen herausgebildet, die freilich weder abschließend noch frei von Überschneidungen sind; auch eine einheitliche Terminologie hat sich bislang nicht durchgesetzt”) (KRAMME, 2021 [§ 242, mg. 41], tradução nossa). Uma categorização bastante semelhante a de Antônio Menezes Cordeiro encontra-se no *Erman Kommentar* (BÖTTCHER, 2020 [§ 242, mg. 105 et seq.]).

¹³⁵ “A consecuencia precisamente de la referencia a la individualidad del caso, ahí el que aplica el Derecho se ve movido a buscar, en interés de la unidad y de la continuidad del Derecho, puntos de apoyo firmes en el mar de la casuística. De esta manera se forman, en un proceso de cristalización, dentro del sector de las distintas cláusulas generales [...], ciertas estructuras de orden en las que se resumen grupos de casos”.

Hesselink (2011, p. 623 et seq., tradução nossa¹³⁶), para quem os grupos de casos da boa-fé (portanto a segunda camada de agrupamento do abuso) constituiriam um “sistema interno” que apenas supostamente conferiria racionalidade à cláusula geral. No entanto, o que na prática jurisprudencial habitualmente se qualifica como aplicação da boa-fé seriam, na verdade, as “tarefas normais do juiz” na criação do Direito — neste caso, a retórica da boa-fé seria desnecessária¹³⁷, porque a justificação da atividade já seria a atribuição constitucional de poder ao juiz para resolver disputas apenas *a partir* da lei (e não *em vinculação* estrita à lei). A boa-fé funcionaria assim apenas como “porta-voz para novas regras” tão distintas entre si que se ligariam tão somente pela própria menção à cláusula geral¹³⁸ (HESSELINK, 2011, p. 640 et seq., tradução nossa¹³⁹). Neste contexto, não haveria “necessidade de desenvolver-se um método prescritivo para garantirem-se a objetividade e a racionalidade do juízo da corte” (HESSELINK, 2011, p. 636 et seq., tradução nossa¹⁴⁰): grupos de casos seriam desnecessários porque se imporiam aos juízes, em vez de se “meramente reconhecer que nós temos confiança no juízo subjetivo de nossos juízes — em particular aqueles das nossas Supremas Cortes — no que se refere à interpretação, suplementação e correção da lei”. Fácil ver que é uma metódica (ou falta dela) oposta à defendida nesta tese: aqui, sustenta-se a imperiosidade de se controlarem

¹³⁶ “The generally agreed method for rationalizing is that of distinguishing functions and developing groups of cases in which good faith has previously been applied (Fallgruppen). In doing so legal doctrine has developed an ‘inner system’ of good faith, which is regarded as the content of that norm. [...] In most systems good faith is said to have three functions [...]: (1) concretization/interpretation (adiuvare); (2) supplementation (supplere) [...]; (3) correction/limitation (corrigere). [...] What are usually called the three functions of good faith are in reality the normal tasks of the judge”.

¹³⁷ Dirk Looschelders e Dirk Olzen (2019 [§ 242, mg. 1162], tradução nossa) contrapõem a Martijn Hesselink a existência — além da função de “norma habilitadora [*Ermächtigungsnorm*]” de intervenção judicial — da função substantiva do § 242 do BGB como norma de conduta para as partes.

¹³⁸ A isso se deve opor o pensamento de Claudia Schubert (2019 [§ 242, mg. 6], tradução nossa): “A vinculação de uma decisão concreta ao § 242 é fundamentalmente mais do que uma externalidade, uma afirmação infundada de legitimidade ou uma situação embaraçosa. Deve haver um contexto de valoração no sentido dos *topoi* mencionados, em cujas diferenciações a nova decisão pode ser plausivelmente colocada ou para cujo refinamento, suplementação ou reorganização contribui. [...] Ao mesmo tempo, o grupo de casos fornece informações sobre o abuso de direitos em geral e é, portanto, um auxílio valorativo no âmbito do § 242 [*Das Anknüpfen einer konkreten Entscheidung an § 242 ist grundsätzlich mehr als eine Äußerlichkeit, unsubstantiierte Legitimationsbehauptung oder Verlegenheitslösung. Es muss ein Wertungszusammenhang im Sinne der genannten Topoi bestehen, in deren Ausdifferenzierungen sich die neue Entscheidung plausibel einordnen lässt oder zu deren Verfeinerung, Ergänzung bzw. Neuordnung sie beiträgt. [...] Gleichzeitig gibt die Fallgruppe Aufschluss über den Rechtsmissbrauch im Allgemeinen und ist damit Wertungshilfe im Rahmen des § 242*]”.

¹³⁹ “In reality, good faith is not a norm but a mouthpiece (a porte parole) for new rules”.

¹⁴⁰ “[...] there is no need to develop a prescriptive method for guaranteeing the objectivity and rationality of the court’s judgment. We should merely recognize that we have confidence in the subjective judgment of our judges — in particular those in our Supreme Courts — with regard to the interpretation, supplementation and correction of the law, and in the way our judicial system is organized (e.g., the selection and training, the career system, the plurality of judges, the duty to provide the grounds for the decision in question, and the appeal system)”.

parametricamente os juízes na aplicação do discurso de abuso.

A segunda oposição aos grupos de casos é apresentada por Ralph Weber, sobre fundamentos classificados por Theo Mayer-Mali (1994, p. 133 et seq.) em cinco grupos: (1) o desenvolvimento dos grupos de casos não se daria a partir do *Tatbestand* da cláusula geral, mas a partir dos casos concretos decididos; (2) o método do grupo de casos falharia na incorporação ao sistema de novas constelações problemáticas; (3) os agrupamentos casuísticos atribuiriam ao juiz um poder que é do Estado-legislador, violando a separação de poderes; (4) os grupos de casos estabeleceriam algo como um ‘positivismo jurisprudencial’; e (5) ao agruparem-se os casos de maneira rígida, as cláusulas gerais deixariam de cumprir sua função flexibilizadora para casos singulares atípicos.

Mayer-Mali concorda com a quarta crítica, consistente no perigo de criação, por meio das cláusulas gerais, de um direito de precedentes vinculantes. Segundo Weber (1992, p. 543 et seq., tradução nossa¹⁴¹), isso ocorre porque “os grupos de casos desenvolvidos pela doutrina são pronta e rapidamente adotados pela jurisprudência, a fim de trazerem uma ‘validade quase-normativa’ para estes grupos de casos”. A ponderação de Mayer-Mali (1994, p. 133), contudo, é bastante convincente quanto a isso: o perigo de recaída em um ‘positivismo judicial’ não é uma particularidade do método dos grupos de casos, mas de todas as concepções contemporâneas do Direito — que o entendem ou como desenvolvimento posterior¹⁴² ou criação¹⁴³ do Direito a partir dos textos normativos, e não como mera extração¹⁴⁴ deles.

Nem todas as respostas de Mayer-Mali às críticas de Weber convencem, mas o debate, de modo geral, oferece importantes elementos para a elaboração desta tese, motivo por que merecem ser analisadas. Por exemplo, em sua primeira crítica, Weber (1992, p. 536 et seq.) constata que nem mesmo os mais ferrenhos defensores do método do grupo de casos reivindicam que estes são concretizações de ideias já constantes nas cláusulas gerais. Ao contrário: os grupos de casos são formados indutivamente por abstração, a partir da extração da *ratio* de valorações concretas, e somente posteriormente atribuídos à cláusula geral em questão. A abordagem dos grupos de casos seria, portanto, empírica (análise do uso fatual jurisprudencial de uma cláusula geral, mais afeita à sociologia), mas

¹⁴¹ “Die von der Lehre entwickelten Fallgruppen werden ja gerade deshalb von der Rechtsprechung gerne und schnell übernommen, um für diese Fallgruppen eine ‚quasi normative Geltung‘ zu bewirken”.

¹⁴² ‘Rechtsfortbildung’, ‘further development’.

¹⁴³ ‘Rechtserzeugung’, ‘law-making’.

¹⁴⁴ ‘Auslegung’, ‘mere application’.

não propriamente normativa (com fornecimento de justificativas para a correção da decisão) — como é metodicamente exigido na Ciência Jurídica. Diria o que é (*Sein*), mas não o que seria o correto (*richtig*). Em suma: se a *ratio* limita-se a enquadrar um caso concreto sob um determinado grupo de casos, a decisão não pode ser considerada justificada sob o ponto de vista normativo, mas tão somente empírico. A essa crítica contundente, Mayer-Mali (1994, p. 134, tradução nossa¹⁴⁵) responde apenas sucinta e insatisfatoriamente: “Ao contrário de Weber [...], os padrões de decisão obtidos com os grupos de casos representam formulações concretas das ideias jurídicas gerais já contidas na cláusula geral”. Isso precisará ser muito mais aprofundado na Seção 4.2, para escapar-se da crítica de Weber.

A resposta de Mayer-Mali às segunda e quinta críticas é muito mais frutífera. Weber (1992, p. 539 et seq., tradução nossa¹⁴⁶) sustenta que: “por definição, no primeiro caso problemático de uma nova constelação de perguntas, não há um grupo de casos elaborado”. Um grupo de casos de aplicação da cláusula geral com série de tipos fechada seria, assim, uma contradição em termos — o que é reconhecido mesmo pelos defensores do modelo. O comentário de Mayer-Mali (1994, p. 134, tradução nossa¹⁴⁷, grifo nosso) serve como um alerta para as séries de tipos que se desenvolverão para o abuso: “todos que formaram ou adotaram grupos de casos até o momento estavam cientes de que estavam oferecendo apenas um *sistema aberto*”. Nesse sentido, é importante citar a advertência tal como formulada por Heinrich Henkel (1958, p. 46, tradução nossa¹⁴⁸): “Os princípios jurídicos que preenchem o espaço das cláusulas gerais exigem [...], mesmo que a análise conceitual-dogmática os elabore de forma bem diferenciada, uma certa ‘abertura’ que deixe o devido espaço para a avaliação de casos singulares”¹⁴⁹.

¹⁴⁵ “Der These 1 von Weber ist entgegenzuhalten, daß der Sinn der Fallgruppenbildung gerade darin besteht, aus den vorliegenden Entscheidungen tatbestandsähnliche Figuren zu schaffen, ohne in Kasuistik zu verfallen. Entgegen Weber [...] stellen die mit den Fallgruppen gewonnenen Entscheidungsmaßstäbe ‚konkrete Ausformungen der in der Generalklausel schon enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken‘ dar”.

¹⁴⁶ “Schon definitionsgemäß fehlt es nämlich im jeweils ersten auftretenden Problemfall einer neuen Fragenkonstellation an einer ausgearbeiteten, erst recht durch tatsächliche Wiederholbarkeit abgesicherten Fallgruppe”.

¹⁴⁷ “Bei den meisten neuen Problemen eignen sich schon anerkannte Fallgruppen als Ansätze für Analogien. Außerdem war jedem, der bisher Fallgruppen gebildet oder übernommen hat, bewußt, daß er nur ein offenes System anbietet”.

¹⁴⁸ “Die den Raum der Generalklauseln ausfüllenden Rechtsprinzipien bedürfen daher, selbst wenn die begrifflich-dogmatische Analyse sie noch so fein differenziert herausarbeitet, einer gewissen ‚Offenheit‘, die der Einzelfallbeurteilung den gebührenden Raum freiläßt”.

¹⁴⁹ De maneira semelhante, Franz Wieacker (1977, p. 37, tradução nossa) observa que: “‘Boa-fé’ ou ‘bons costumes’ não são moldes acabados, que o juiz simplesmente apõe sobre o material que colocou abaixo, mas sim uma extraordinária tarefa a realizar-se pelo próprio juiz na situação determinada de cada caso jurídico

Por fim, a terceira crítica de Weber (1992, p. 540 et seq., tradução nossa¹⁵⁰) é a mais contundente. Segundo ele, se o próprio legislador renunciou à cristalização abstrata em favor de uma valoração concreta, o operador do Direito não pode extrair dos grupos de casos, por abstração, uma “ideia jurídica geral” que se aplique dedutivamente em seguida — criando, por consequência, um “elemento quase-substitutivo do *Tatbestand*”. Releva notar que o fundamento para a crítica de Weber encontra-se expressamente em Friedrich Müller (1986, p. 89 et seq.) — mais especificamente em seu *Richterrecht* —, para quem, em apertado resumo, apenas o Estado-legislador e o Estado-administrador (este, em situações excepcionais) têm o poder de, veiculando ideias políticas de forma vinculativa e abstrata, criar textos normativos vinculantes ao aplicador. Mayer-Mali (1994, p. 135 et seq.) tenta refutar a crítica, afirmando que os grupos de casos não são desenvolvidos pelo Estado-

-julgador, mas pela Ciência Jurídica, sendo apenas às vezes (e jamais obrigatoriamente) adotados por aquele. Fácil perceber que Weber tem razão: se o texto ao qual se vincula impositivamente não foi criado pelo Estado-legislador, há um desrespeito à sua esfera de poder democrático. Isso deve chamar a atenção para a inexigibilidade de vinculação estrita dos juízes aos grupos de casos — bem como para a limitação da tarefa dogmática e para a necessidade de investigação de meios alternativos de controle do poder judicial alargado. Os grupos de casos devem impor-se como forma de “constrangimento de justificação”¹⁵¹ doutrinário à atuação judicial (MÜLLER; CHRISTENSEN, SOKOLOWSKI, 1997, p. 123-124), não como texto normativo vinculante.

Como substituição ao método do grupo de casos, Weber (1994, p. 560 et seq., tradução nossa¹⁵²) propõe um procedimento complexo: primeiramente, o juiz deve

[‘Buena fe’ o ‘buenas costumbres’ no son moldes acabados, que el juez calca sencillamente sobre el material que ha colocado debajo, sino una extraordinaria tarea que tiene que realizar el propio juez en la situación determinada de cada caso jurídico]”.

¹⁵⁰ “Wenn aber in diesen Fällen der Gesetzgeber selbst bewußt auf eine konkrete Begrifflichkeit verzichtet, d.h. aber der Subsumtion insoweit eine Absage erteilt hat und den Rechtsanwender durch die Verweisung auf außerrechtliche, ethisch-moralische Prinzipien gerade zur eigenen Wertung aufruft, ist der Rechtsanwender und dies gleichgültig ob als Richter oder als diese Rechtsprechung kritisch begleitender Rechtslehrer nicht dazu berechtigt, die in den Generalklauseln zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Grundentscheidung zu unterlaufen. Dies aber geschieht jedenfalls dann mit Hilfe der Fallgruppenmethode zur Präzisierung von Generalklauseln, wenn man die gebildeten Fallgruppen nicht mehr nur als eine bloße Sammlung von Einzelfällen, sondern als Ausdruck eines in und durch diese Fallgruppe wirksam werdenden allgemeinen Rechtsgedankens ansieht und diesen quasi als Ersatztatbestandsmerkmal in die ursprünglich offene und bewußt offen gehaltene Generalklausel mit hineinliest”.

¹⁵¹ “Rechtfertigungszwang”.

¹⁵² “Zu begründen ist im Rahmen des hier vorgestellten und vorgeschlagenen Verfahrens der Rechtsfindung mit und über Generalklauseln vielmehr, warum die vom Gesetzgeber für den Normaltypus der Fälle

comprovar a inadequação “óbvia, inequívoca e quase-impositiva dos resultados legais” — i. é: daquilo que, nesta tese, intitulou-se interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo —, desconsideradas a abertura conferida pelas cláusulas gerais eventualmente aplicáveis; depois (e isto é o mais importante) deve revelar e justificar os fundamentos da decisão valorativa.

Weber tem razão ao exigir a justificativa da valoração judicial (ponto ao qual se retornará na Seção 4.2). Entretanto, para que se possa utilizar uma cláusula geral como elemento da justificação, é necessário partir-se de algum lugar concreto: apesar de seu conteúdo necessariamente indeterminado, a cláusula geral pleiteia-se amplamente compreensível (JUNG, 2006, p. 40). Thamis Vieiros de Castro (2017, p. 130-131) observa acertadamente que as cláusulas gerais — seu comentário é sobre os bons costumes, mas extensível às demais — exigem “prévia demarcação semântica e conceitual”, pela via doutrinária. Como boa-fé e bons costumes não são dados na natureza, a caracterização de seus elementos fundamentais deve ocorrer por meio de aplicações anteriores, considerado especialmente o horizonte de perspectivas que elas ofereciam ao Estado-legislador no momento da abertura à valoração do Estado-julgador — ainda que isso, como Weber apontou com muita razão, não exima o juiz de, no caso concreto, justificar sua decisão com base em argumentação sobre a valoração.

Nesse sentido, imagine-se, por exemplo, que uma cláusula geral estabeleça que há abuso se houver violação à ‘katchanga’. Esse — assim como boa-fé e bons costumes — não é um termo da linguagem comum, do qual o Estado-legislador aproprie-se com um significado praticamente consensual no momento de feitura do texto normativo. Seu conteúdo mínimo, portanto, só pode ser descoberto por outras aplicações do termo no jogo de linguagem no qual ele está tecnicamente inserido: no desenvolvimento/criação do Direito nos casos concretos.

Por isso, a despeito da correção da maior parte das críticas de Weber, é necessário dar razão final a Mayer-Mali (1994, p. 136): permanece importante a sistematização (aberta!), por meio de grupos de casos, das aplicações do discurso de abuso. Precisamente

vorgeschlagene Sachnorm in diesem atypischen Sonderfall versagt oder zu Ergebnissen führen würde, die den Maßstäben situativer und sozialer Gerechtigkeit elementar und untragbar zuwiderlaufen. Dazu ist der Nachweis offensichtlicher, eindeutiger und sich quasi aufdrängender Unangemessenheit der gesetzlichen Ergebnisse erforderlich und vom Generalklauselanwender zu erbringen. Dieses Vorgehen erscheint auch im Hinblick auf die Rechtssicherheit überzeugender als die nahezu begründungslose Absicherung vom Gesetzesrecht abweichender Ergebnisse etwa mit der ‚Fallgruppe Rechtsmißbrauch‘ [...]”.

com essa ressalva, Judith Martins-Costa sustenta a importância da formulação de grupos de casos:

embora o método dos “grupos de casos” seja útil e necessário no preenchimento de cláusulas gerais, não é, todavia, *suficiente* para assegurar a correta apreciação da matéria. O intérprete deve estar atento para não descuidar da singularidade do caso, substituindo-a por uma aplicação automatizada da solução previamente fixada no “grupo de casos”. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 187-188).

O próprio Weber (1992, p. 530-531, tradução nossa¹⁵³) considera que a formulação de grupos de casos com o fim apenas de “comparação sistemática de casos singulares”, sem a pretensão de generalização abstratizante, não é de se rejeitar peremptoriamente — na verdade, seria apenas “metodicamente inócua”, porque continuaria a ser a “técnica da pura comparação de casos e da compreensão da valoração judicial no caso singular”. Isso, desde que, como o mesmo Weber (1994, p. 92) destacou anos mais tarde, os grupos de casos não excluam a necessária valoração individual.

O cerne da crítica de Weber aos grupos de casos está, portanto, no limite que eles impõem ao espaço de livre valoração do juiz: para ele, não deveria ser nenhum. Isso fica muito claro em seu posterior debate com Axel Beater (1994, p. 87, tradução nossa¹⁵⁴), para quem: “Uma ‘valoração’ de cada juiz singular, feita independentemente dos julgamentos de outros tribunais, perverteria o Direito”. Weber (1994, p. 92, tradução nossa¹⁵⁵) qualifica a observação de Beater como “estranha”: para ele, isso deve ser combatido, porque a ideia de vinculação do juiz a valorações anteriores seria alheia à tradição jurídica alemã. No fim das contas, sua posição não é diferente da de Hesselink: para ambos, é necessário confiar nos juízes, especialmente nos das cortes superiores — algo com que se pode concordar apenas em parte (i. é: confia-se, desconfiando), porque a dupla discricionariedade judicial de identificação do abuso (de escolha da abordagem e de subsequente aplicação no caso concreto) (PINO, 2006, p. 40) deve ligar o sinal de alerta, especialmente em culturas jurídicas inclinadas ao ativismo judicial.

¹⁵³ “[...] die bloße Ordnung der Einzelregelungen gemäß den in den Entscheidungen zutage tretenden maßgeblichen Rechtsgedanken an sich lediglich zu einer Art systematischer Einzelfallvergleichen führt. Solange und soweit man die Fallgruppenbildung so versteht und verstehen will, wäre dies, da damit noch keine qualitative Veränderung des Konkretisierungsverfahrens verbunden ist, sondern noch immer der Vergleich der letztendlich entscheidenden Einzelfälle mit ihren atypischen Besonderheiten vorherrscht, methodisch unbedenklich. [...] Es bleibt bei der Technik der reinen Fallvergleichen und der Nachvollziehung der im einzelnen Falle vorliegenden richterlichen Wertung”.

¹⁵⁴ “Eine eigene, unabhängig von den Urteilen anderer Gerichten getroffene ‚Wertung‘ jedes einzelnen Richters würde das Recht pervertieren. Die notwendige Objektivierung läßt sich nur über Fallgruppen erreichen”.

¹⁵⁵ “Befremden muß in diesem Zusammenhang allerdings die Aussage ‚eine eigene, unabhängig von den Urteilen anderer Gerichte getroffene ‚Wertung‘ jedes einzelnen Richters würde das Recht pervertieren“.

A discricionariedade judicial relacionada às cláusulas gerais — e, por consequência, ao abuso — deve ser vinculada, portanto, a parâmetros racionais (PIRAINO, 2013, p. 143-144). Um alerta contundente nesse sentido é dado por Frank von Look, em trabalho que analisa a forma por meio da qual o pensamento nacional-socialista ‘arrombou’ o direito civil alemão a partir de 1933:

Com relação às cláusulas gerais, deve-se observar que a formação 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 para as cláusulas gerais 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.* (LOOK, 2000, p. 97, tradução nossa¹⁵⁶, grifo nosso).

Neste contexto, é importante considerar o que Carlos Fernández Sessarego (1992, p. 90-91) apresenta como um “roteiro metodológico” em três passos para utilização do discurso de abuso: no primeiro, a “observação fenomenológica” dos casos em que a jurisprudência aplicou a noção; no segundo, a abordagem dogmática da natureza jurídica; por fim, no terceiro, o questionamento sobre a legitimidade dos parâmetros adotados. Os grupos de casos, portanto, não podem ser meramente descritivos; ao contrário: “deve ser compromisso das pesquisas teóricas fornecer as características gerais e os parâmetros específicos para que os intérpretes possam aplicar corretamente tais conceitos” (CASTRO, 2017, p. 170).

De modo geral, isso tudo fica muito evidente ao se analisar o processo de surgimento das doutrinas do abuso de direito. Segundo Pascal Ancel e Claude Didry (2001, p. 55, tradução nossa¹⁵⁷), não é correta a afirmação de que o abuso foi criado pela jurisprudência. Muito diferentemente, “foi a doutrina que, de certa forma, ‘recuperou’ *a posteriori* as poucas decisões anteriores para dar a impressão de um corpo de jurisprudência pré-existente. Aqui, [...] a jurisprudência é, em grande parte, o produto da construção doutrinária”.

A permanente lembrança dessa origem das doutrinas do abuso como trabalho

¹⁵⁶ “Im Hinblick auf die Generalklauseln ist zu beachten, daß die Fallgruppenbildung damals noch nicht so ausgeprägt war wie heute, was das Eindringen nationalsozialistischen Gedankenguts in die Rechtsprechung erleichterte. Die heutigen ausdifferenzierten Fallgruppen zu den Generalklauseln sollte man nicht nur als Hilfsmittel zur Systematisierung des Rechtsprechungsmaterials ansehen, sondern zugleich als methodisches Instrument, um einem Mißbrauch wie in nationalsozialistischer Zeit vorzubeugen”.

¹⁵⁷ “Il semble donc vraiment excessif d'affirmer que la notion d'abus de droit est une création de la jurisprudence du XIXe siècle. En réalité, même si on en découvre quelques traces, c'est la doctrine qui, a en quelque sorte ‘récupéré’ *a posteriori* les quelques décisions antérieures pour donner l'impression d'un corpus jurisprudentiel préexistant. Ici comme ailleurs, la jurisprudence est très largement le produit d'une construction doctrinale”.

conjunto entre literatura e jurisprudência deve permear esta tese.

1.2.3 Abuso como “atalho” (que pode aumentar o caminho)

A noção de abuso é utilizada, no jogo de linguagem de aplicação judicial do Direito, como justificação de uma valoração de ilicitude não adscritível à interpretação ‘em abstrato’ do texto da fonte estatal. Isso significa que, em vez de buscar-se a legitimação da decisão em critérios formulados a partir dos textos normativos aos quais se vincula (‘Direito estrito’¹⁵⁸), o juiz faz uso do discurso de abuso para referir-se a outros elementos — sejam exógenos¹⁵⁹ (moral, economia etc.) ou endógenos (sistema, valores, princípios¹⁶⁰ etc.) ao Direito — que conformam um “‘verdadeiro’ Direito”¹⁶¹ (GENTILI, 2012, p. 313). Nesse sentido,

o abuso permanece claramente um mero argumento jurídico ao qual o intérprete, apelando de tempos em tempos para dados psicológicos (como *animus nocendi*) ou dados morais (como injustiça) ou dados econômicos (como prejuízo ao bem-estar geral), ou dados positivos (como boa-fé) *poderia corrigir a letra das leis, mas obviamente somente na condição de que ele possa demonstrar que está no espírito*

¹⁵⁸ ‘*stretto diritto*’.

¹⁵⁹ Gunther Teubner (2020, p. 377-378, tradução nossa) destaca a marcada importância, para uma doutrina do abuso luhmanniana, da consideração de “referências extrajurídicas”: o comportamento abusivo, segunda essa concepção, exploraria o “fechamento das fronteiras jurídicas [...] contra a intrusão de reivindicações ambientais substantivas [*Rechtsmissbräuchliches Verhalten nutzt stets die Schließung der Rechtsgrenzen aus. In seinem Bestehen auf der formellen Rechtslage immunisiert es die Außengrenzen gegen den Einbruch von materiellen Umweltforderungen*]”. O combate ao abuso, assim, faria dos limites algo permeável, “tornando receptiva a irritações a aplicação de normas” (no original: “*Das Verbot des Rechtsmissbrauchs lässt das Recht weder mit der Gesellschaft verschmelzen noch gibt es seine inneren Differenzierungen auf. Wohl aber macht es die Außen- und Binnengrenzen des Rechts durchlässig, indem es die Normanwendung für Irritationen aus der Umwelt des Rechts oder für normative Impulse aus anderen Rechtsbereichen empfänglich macht*”). O abuso pode ser resolvido, contudo, ‘de dentro’ do Direito — desde que se realize uma sistematização periférica (como se verá na Seção 4.1.3).

¹⁶⁰ A qualificação de valores e princípios como elementos endógenos ao Direito é problemática. Otavio Luiz Rodrigues Jr. (2010, p. 21), por exemplo, observa — com razão — que, quando se afirma que “o novo Direito Civil busca os princípios e não a letra fria da lei”, está-se adotando uma perspectiva externa, não interna do Direito. Isso, de fato, ocorre com frequência, porque o que se pretende denotar com afirmações do tipo, na esteira de Robert Alexy, é a necessidade de utilização da moral como correção externa ao Direito. Contudo, não necessariamente tem que ser assim: os princípios, se entendidos por exemplo na linha inaugurada por Josef Esser — explicitamente rejeitada, por exemplo, por Alexy —, podem ser considerados elementos endógenos (internos) ao Direito. Isso, aliás, é posto de forma explícita — inclusive citando Esser, além de Franz Wieacker e Karl Larenz — por Claus-Wilhelm Canaris (1983, p. 37, tradução nossa): “o Direito válido fundamenta-se — muito além da teleologia da *lei* — em uma riqueza de bases de valoração extralegais, mas não extrajurídicas; esta é a área dos ‘princípios gerais do Direito’ e dos valores supralegais [*Das geltende Recht gründet sich indessen — weit über die Teleologie des Gesetzes hinausgreifend — auf eine Fülle außergesetzlicher, aber darum doch nicht außer rechtlicher Bewertungsgrundlagen; dies ist der Bereich der ‘allgemeinen Rechtsprinzipien’ und übergesetzlichen Werte*]”.

¹⁶¹ “‘*vero diritto*’”.

das leis; obtendo assim uma solução diferente daquela que imporia o *strictum jus*. (GENTILI, 2012, p. 319, tradução nossa¹⁶², grifo nosso).

Deve ter ficado claro, contudo, com a qualificação como ‘conceito reunidor’, que ao falar-se de ‘abuso’ em um caso concreto, pode-se estar falando de coisas muito diversas — i. é: o resultado juspermissivo da interpretação ‘em abstrato’ pode ser ‘derrubado’ (resultar em proibição) sob múltiplas justificações possíveis —: o termo funciona, assim, no máximo como ‘atalho’ justificatório para diversas linhas de justificação do ‘espírito’ das leis, entendido como o ‘verdadeiro Direito’. Sendo assim, seu uso inevitavelmente gera perplexidade, se não se puder rastrear dogmaticamente a sua utilização. É válido, aqui, citar-se o alerta de Guido Alpa (2017, p. 415, tradução nossa¹⁶³): ‘o’ abuso pode ter tantos significados, “que seria necessário, como medida de precaução, explicar seu significado sempre que ele for utilizado”. Contudo, sendo assim, ainda seria útil usar a noção? É nesse contexto que se insere de maneira imprescindível a análise das abordagens do abuso e, dentro dessas abordagens, dos grupos de casos.

Jónatas Machado (2002, p. 849 et seq.) trata da (suposta¹⁶⁴) origem da cláusula geral de bons costumes¹⁶⁵ como um “conceito de atalho¹⁶⁶” moralista para limitar a autonomia privada, dispensando-se a justificação valorativa. A identificação dessa função de ‘atalho’, desde que depurada de sua natureza ‘moralista’, vale para todo o discurso de abuso, de modo geral. Deve ainda ser considerada a pertinente observação de Thamís Viveiros de Castro (2017, p. 130-131), de que o uso de recursos como esse ‘atalho’ eleva o ônus argumentativo (de justificação) para o intérprete.

Como destacado por Tobias Leidner (2019, p. 99, tradução nossa¹⁶⁷, grifo nosso), a “conclusão no caso de abuso de direito é [deve ser] então sempre: ‘o exercício ou a justificação do direito reivindicado é abusivo[a] porque...’”. Se a *ratio* do abuso fosse um

¹⁶² “[...] l’abuso resta con evidenza alla stregua di un mero argomento giuridico cui l’interprete, appellandosi volta a volta a dati psicologici (come l’animus nocendi) o morali (come l’ingiustizia) o economici (come il pregiudizio al benessere generale), o positivi (come la buona fede) potrebbe correggere la lettera delle leggi, ma ovviamente solo a patto di dimostrare che esso sia nel loro spirito; e così ottenere una soluzione diversa da quella che imporrebbe lo strictum jus”.

¹⁶³ “In realtà di ‘abuso del diritto’ si possono dare diverse accezioni, che mutano nel tempo e a seconda dei contesti in cui la formula è utilizzata, sì che sarebbe necessario in via cautelativa esplicitarne il significato quante volte si fa ricorso ad essa”.

¹⁶⁴ Como se verá na Seção 1.3.2.3, isso não passa nem perto da verdade.

¹⁶⁵ De maneira, porém, bastante limitada: tratando apenas da ‘obscenidade’ como exercício da liberdade de expressão como violador dos bons costumes.

¹⁶⁶ “shortcut”. A ideia de ‘atalho’ é retomada por Jayme Weingartner Neto e Ingo Sarlet (2016, p. 71-72), para rejeitarem peremptoriamente o “limite dos bons costumes” ao exercício da liberdade de religião. Essa rejeição é precipitada, como se mostrará nas Seções 1.3.2.3 e 4.3.4.

¹⁶⁷ “Die Konklusion im Falle des Rechtsmissbrauchs lautet dann stets: „Die Ausübung oder Begründung des beanspruchten Rechts ist rechtsmissbräuchlich, weil [...]”.

filme, deveria poder ser paralisada *frame by frame* (quadro a quadro) — ou “*Schritt für Schritt*” (passo a passo), como diz Martin Kriele (1967, p. 314) —: em um primeiro momento, o juízo valorativo de extração das características relevantes do caso a ser decidido (já à luz de uma pré-compreensão das abordagens e/ou dos grupos de casos dogmatizados); em seguida, testes de adequação do enquadramento valorativo à dogmática existente; ao final, a proferição do juízo de abuso. Muitas vezes, porém, o juiz move-se rápido demais, e tudo se torna um enorme borrão de justificação — assim como Bruce Lee, que tinha que realizar alguns de seus movimentos em câmera lenta, porque as câmeras de 24 *frames* por segundo não os capturavam, em sua velocidade natural (KOESTLER-GRACK, 2007, p. 72).

Os critérios concretos de argumentação, referentes a cada grupo de caso, constituem, assim, não a regra de decisão, mas a regra de apoio da conclusão de abuso — ou, nas palavras de Ralph Weber (1992, p. 525, tradução nossa¹⁶⁸), a “especificação [...] em uma fórmula de solução relativa ao caso concreto”. E eles se desenvolvem dogmaticamente em torno de enunciados jurídicos, princípios, modelos, tipos, costumes, concepções socio-éticas, conceitos dogmáticos, normas técnicas, esquemas de ponderação, catálogos de *topoi* e esquemas de teste (JUNG, 2006, p. 58-59). O discurso de abuso, por meio da formulação de grupos de casos, articula potencialmente todos esses argumentos em raciocínios com determinados sentidos pré-estabelecidos¹⁶⁹ (PIRAINO, 2013, p. 104), os quais funcionam como “regra mnemônica da criação judicial do Direito” em casos anteriores (WIEACKER, 1977, p. 85, tradução nossa¹⁷⁰). O abuso como ‘atalho’ provê, assim, um “modelo hermenêutico” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 175).

Já se viu, acima (Seção 1.2.1), que Martijn Hesselink opõe-se firmemente à densificação dogmática da boa-fé objetiva — que, segundo ele, deve ser deixada, em confiança, ao juízo subjetivo dos juízes em sua atividade (ametódica, intuitiva) de criação

¹⁶⁸ “*Diese Generalklauseln sind deshalb auch keine aus sich heraus verständlichen, selbständigen Rechtsnormen, sondern ihrem Wesen nach vor allem methodische Hilfsfiguren des Gesetzgebers. Sie bedürfen noch der Präzisierung und Umsetzung in eine den konkreten Fall betreffende Lösungsformel*”.

¹⁶⁹ Franz Wieacker (1977, p. 40, tradução nossa) simplifica bastante: “referência a experiências, regras ou máximas” (no original: “*La fides uberrima del parágrafo 242 – como toda cláusula general en sentido propio – es una referencia a experiencias, reglas o máximas que hay que actualizar in foro*”). Cada um desses “fatores de orientação [*factores de orientación*]” (WIEACKER, 1977, p. 43, tradução nossa) é compreendido por meio de grupos de casos (WIEACKER, 1977, p. 76), aos quais o juiz vincula-se (WIEACKER, 1977, p. 85 [nota de rodapé 94]). Em seu trabalho, Wieacker (1977, p. 60 et seq.) trata dos seguintes grupos de casos de aplicação do § 242 do BGB: *venire contra factura proprium*, *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, *tu quoque e incivilliter agere*.

¹⁷⁰ “*regla nemotécnica de la creación judicial del Derecho*”.

do Direito. Ainda assim, Hesselink (2011, p. 644 et seq., tradução nossa¹⁷¹) sublinha um aspecto de fundamental importância, na discussão aqui apresentada sobre o ‘atalho’ justificatório: “A doutrina jurídica, ao invés de trazer as novas regras desenvolvidas com base na boa-fé em conexão umas com as outras, [...] deveria relacioná-las às regras ou doutrinas que são concretizadas, suplementadas ou corrigidas por elas”. O que Hesselink pugna é por um levantamento da “cobertura”¹⁷² de legitimidade conferida pela boa-fé, para investigação da norma em si criada na decisão judicial. Isso pode ser transposto da segunda à primeira camada do ‘conceito reunidor’ de abuso: como destacado por José de Oliveira Ascensão (2006, p. 68), a mera qualificação de abuso é, *per se*, pouco ou nada explicativa, porque “ficamos sem saber por que é inadmissível este exercício. Falta [pela simples enunciação do abuso] a caracterização material que está na origem dessa inadmissibilidade”. Nesse sentido, não é aceitável a unificação de várias figuras diversas sob o título único e superficial de ‘o’ abuso, porque isso faz perderem-se de vista as diversas situações potencialmente abrangidas no discurso (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2006, p. 76).

O mesmo vale para a jurisprudência: não se pode aceitar a utilização da boa-fé objetiva — ou do abuso decorrente de sua violação (GENTILI, 2012, p. 302) — como “pretexto”¹⁷³ para que o juiz siga a via fácil de apenas citá-la, sem atender à tarefa bem mais difícil de formular a nova regra, relacionando-a à dogmática existente (HESSELINK, 2011, p. 645-648, tradução nossa). Ao contrário: o discurso de abuso exige um rigor no processo argumentativo ainda maior que o esperado na “mera aplicação” de uma disposição legal (LIPARI, 2017, p. 69, tradução nossa¹⁷⁴).

Um juiz que leva a sério sua função constitucional-democrática não pode, portanto, contentar-se com a simples enunciação de que tomou esse ‘atalho’¹⁷⁵ — pois isso significaria não expor racionalmente a justificação da decisão¹⁷⁶ (como se viu na Seção

¹⁷¹ “Legal doctrine, instead of bringing the new rules developed on the basis of good faith in connection with each other, and becoming involved in discussions on whether a decision may be based on good faith and, if yes, on which good faith article or on which function et al., should relate them to the rules or doctrines that are concretised, supplemented or corrected by them”.

¹⁷² “cover”.

¹⁷³ “excuse”. No mesmo sentido: SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 27].

¹⁷⁴ “mere application”.

¹⁷⁵ Vito Velluzzi (2019, p. 327, tradução nossa) assim sintetiza: “o abuso de direitos não é por si só um bom argumento, uma razão que por si justifica, e não pode ser suficiente invocar-se o abuso de direitos para incidir-se sobre situações jurídicas subjetivas de vantagem [*l’abuso del diritto non è per ciò solo un buon argomento, una ragione che di per sé giustifica, e non può bastare invocare l’abuso del diritto per incidere sulle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio*]”.

¹⁷⁶ Nesse sentido, o BeckOK-BGB (SUTSCHET, 2022 [§ 242, mg. 3]).

1.2.1, e se aprofundará na Seção 4.2): o abuso seria, com isso, mera “máscara argumentativa” (VELLUZZI, 2019, p. 318, tradução nossa¹⁷⁷). Oferecem-se a ele, então, duas vias: por uma primeira, ele justificará por que o comportamento julgado abusivo foi assim qualificado (o comportamento é abusivo *porque* da interpretação ‘em abstrato’ a partir do texto da fonte estatal do Direito não resulta concretamente um direito, *porque...*); por uma segunda, ele fará referência aos grupos de casos (o comportamento é abusivo *porque*, de acordo com a Ciência Jurídica, insere-se em grupo de caso dogmaticamente formulado...).

Vê-se claramente que a primeira via torna o ‘atalho’ do abuso o caminho mais longo (dois ‘porquês’): se é possível, sobre outros pontos de apoio racionais, justificar-se racionalmente uma qualificação de ilicitude, não é necessário alcunhar o comportamento de abusivo (é irrelevante se a ilicitude é típica ou atípica¹⁷⁸). Trata-se de um mero capricho retórico. Por exemplo: se é aceito, como justificativa de um juízo de ilicitude, o resultado de uma ponderação alexyana, nada mais precisa ser dito. Chamar essa ilicitude de ‘abuso’ nada acrescenta. Aqui, o argumento de abuso não tem caráter independente, que lhe confira autonomia juscientífica (LEIDNER, 2019, p. 107).

Apenas na segunda via haverá sentido em usar o ‘conceito reunidor’ de abuso como ‘atalho’ justificatório. Para isso, é necessário que haja já uma prévia dogmatização realizada pela Ciência Jurídica, a oferecer ao juiz uma maneira mais fácil de não partir do ‘zero’ na (difícil, se levada a sério, mas não impossível) justificação de seu juízo valorativo — Rolf Stürner (2012, p. 11-12, tradução nossa¹⁷⁹) fala em duas funções da dogmática: de “alívio”¹⁸⁰ e de “memória”. Neste contexto, a dogmatização (mais especificamente, uma ‘dogmática de utilização’¹⁸¹) funciona como uma provedora de parâmetros que permitem uma decisão ‘rápida’, sem necessidade de recurso aos princípios

¹⁷⁷ “Si tratta [...] dell’uso a mo’ di ‘maschera argomentativa’ dell’abuso del diritto: una maschera rivolta a coprire, suscitando facili quanto emotive adesioni, il volto delle operazioni ampiamente discrezionali compiute dagli interpreti”.

¹⁷⁸ Salvo quando se tratar de sanção penal (cf. Seção 3.1.4).

¹⁷⁹ “Die Gebrauchsdogmatik mit ihrer Speicher- und Entlastungsfunktion ist für die meisten Rechtsfälle des täglichen Lebens durchaus geeignet und in der Lage, zu sachgerechten Ergebnissen zu führen [...]”.

¹⁸⁰ No mesmo sentido: Martin Kriele (1967, p. 262 et seq.), Josef Esser (1972, p. 130) e Dietrich Murswiek (2006, p. 473). Associando explicitamente a ‘função de alívio’ à formulação de grupos de casos: WILHELMI, 2020 [§ 826, mg. 27]; SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 41 et seq.].

¹⁸¹ Rolf Stürner (2012, p. 11-12, tradução nossa) contrapõe à “dogmática de utilização [Gebrauchsdogmatik]” a “dogmática científica [wissenschaftlicher Dogmatik]”. Aquela permite a rápida tomada de decisões no caso singular, sem necessidade de recurso a princípios fundamentais; essa explora o todo do pensamento jurídico, tendo aptidão para alterar a própria dogmática de utilização. De maneira semelhante: SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 41].

fundamentais (STÜRNER, 2012, p. 11) — i. é: como um “reservatório de argumentação”¹⁸² para a justificação da decisão judicial, uma facilitadora da comparação de casos, que continua a ser (sempre) o cerne da valoração (WEBER, 1992, p. 531). Lorenz Kähler expõe esse modo de proceder de maneira muito claro, quando ao abuso por violação da boa-fé objetiva:

Os tribunais não ficam sobrecarregados com a determinação do mínimo ético-jurídico [como deve ser entendida a boa-fé objetiva], já que muitas vezes podem se limitar à especificação negativa, i. é: ao que é incompatível com a boa-fé em uma determinada situação. Para isso, não é necessário declarar positivamente em detalhes em que consiste a boa-fé, nem especificar sob quais outras condições esta também é violada. *A partir de grupos de casos individuais — em grande parte indiscutíveis — e de sua sistematização, torna-se então gradualmente claro o que as partes devem umas às outras de boa-fé.* (KÄHLER, 2022 [§ 242, mg.¹⁸³ 261], tradução nossa¹⁸⁴, grifo nosso).

Nas palavras de Heinrich Henkel (1958, p. 45), isso confere uma vantagem inestimável: o caso pode ser ‘encaixado’ em um horizonte mais estreito, facilitando a fundamentação em determinados pontos fixos de referência valorativa. É neste contexto que se deve compreender a afirmação de Carlos Fernández Sessarego (1992, p. 90-91, tradução nossa¹⁸⁵), de que: “O julgador requer contar com uma firme e clara doutrina sobre o abuso de direito que ilumine sua tarefa criadora” — sem ela (especialmente: sem uma dogmática de grupos de casos), há uma obrigação acrescida de justificação¹⁸⁶ (LOOK, 2000, p. 97).

Maria Celina Bodin de Moraes (2014, p. 1-2), no entanto, lamenta que não haja, ainda, parâmetros ou critérios claros que auxiliem o juiz “nessas difíceis tarefas, atribuídas, inteira e quase exclusivamente, à sua consciência”. Leidner (2019, p. 26, tradução

¹⁸² “Argumentationsreservoir”.

¹⁸³ Os textos dogmáticos em língua alemã são, frequentemente (os *Kommentare*, invariavelmente), numerados à margem (*Randnummer* — *Rn.*), aqui tratados como ‘marginais’ (mg.).

¹⁸⁴ “Die Gerichte sind mit der Feststellung des rechtsethischen Minimums nicht überfordert, da sie sich vielfach auf die negative Angabe beschränken können, was mit Treu und Glauben in einer bestimmten Situation unvereinbar ist. Sie müssen dafür weder positiv angeben, worin Treu und Glauben im Einzelnen bestehen, noch festlegen, unter welchen sonstigen Bedingungen diese ebenfalls verletzt sind. Aus einzelnen weitgehend unstrittigen Fallgruppen und ihrer Systematisierung wird dann nach und nach deutlich, was die Parteien einander nach Treu und Glauben schulden”.

¹⁸⁵ “El juzgador requiere contar con una firme y clara doctrina sobre el abuso del derecho que ilumine su tarea creadora”.

¹⁸⁶ Essa é uma aplicação à teoria do abuso de um pensamento muito mais geral. No dizer de Josef Esser (1961, p. 397, tradução nossa): “A jurisprudência inclusive espera a fundamentação dogmática de tais regras ‘objetivas’, que passam por cima de seus argumentos casuísticos, e nas quais a doutrina concretiza um princípio casuisticamente reconhecido [La jurisprudencia espera incluso la fundamentación dogmática de tales reglas ‘objetivas’ que pasan por encima de sus argumentos casuísticos, y en las que la doctrina concreta un principio reconocible casuísticamente]”. Isso é relevante, na discussão sobre a dogmatização do âmbito normativo (Seção 4.3.2).

nossa¹⁸⁷), ainda mais propriamente, nota a vagueza dos “critérios gerenciáveis” inseríveis em “modelo para o uso do argumento do abuso de direitos” — o que vale especialmente para as abordagens do desvio de finalidade e da intencionalidade danosa, que não se aproveitam dos grupos de casos já dogmatizados das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e dos bons costumes.

Diferenciam-se, então, duas maneiras de abordar-se o abuso: pela via sistematizadora — com o trabalho de sistematização (aberta) do abuso, por meio da formulação de grupos de casos —, ou pela via definitória — que, em definição por exclusão, não lança mão de grupos de casos. Se a primeira pode ‘atalhar’ a justificação da decisão judicial, a segunda só irá atrasar o juiz.

Há, de modo geral, como se verá adiante (Seção 1.3.1), uma associação entre abordagens definitórias e a tradição franco-belga de *abus de droit* (incluindo-se nessa tradição as doutrinas alemãs de *Rechtsmißbrauch*), e entre abordagens sistematizadoras e a tradição alemã de *unzulässige Rechtsausübung* (Seção 1.3.2). Isso tem reflexos relevantes em uma teoria do abuso dos direitos fundamentais (Seções 2.4.1.2, 4.3.1 e 4.3.2).

1.3 As duas tradições das doutrinas civilistas

Discute-se na literatura se as doutrinas do abuso podem se remeter ao Direito romano, ou se são um produto característico dos séculos XIX e XX. No Brasil, Alexandre Correa (1974, *passim*) sustenta bastante enfaticamente que as doutrinas civilistas de abuso têm origem no direito romano. Essa posição é criticada por Luiz Souza (2017, p. 4-8), que, após extensa pesquisa bibliográfica, constata que: “A doutrina mesma do abuso do direito não encontra fundamento no direito romano, na *aemulatio*, embora existam ali alguns casos de vedação da prática de *atos lesivos sem utilidade própria, mas antes com interesse de lesar*”.

A discussão soa deslocada e infrutífera. Deslocada porque não se cogitaria de aplicarem-se, no século XXI, figuras jurídicas próprias do direito romano (KOVAČEVIĆ-KUŠTRIMOVIC, 1997, p. 42): se houve um abuso no direito romano, ele era tão diferente (porque tanto o Direito como os casos também o eram, se comparados aos contemporâneos), que seu estudo se moveria apenas por diletantismo. Diferentemente — como destaca Filippo

¹⁸⁷ “Gerade mit Blick auf handhabbare Kriterien für die konkrete Rechtsanwendung bleiben die genannten Arbeiten zu vage; ein Modell zur Verwendung des Rechtsmissbrauchsarguments fehlt”.

Ranieri (2011, p. 574) —, o único enfoque admissível de uma pesquisa sobre essa conexão histórica seria sobre as formas de pensar e sobre as estruturas inconscientes de argumentação que, milênios depois, ainda sobrevivem na pré-compreensão dos juristas, reproduzidas que são no ensino e na prática.

Além disso, o debate é infrutífero pois, como observa Guilherme Mathias (2013, p. 320), o “direito romano sequer conhecia a noção de direito subjetivo”, portanto os romanos não poderiam ter pensado em um mecanismo que o limita. Na verdade — tal como a cultura jurídica de *common law* (o que se verá na Seção 2.4.3.2.2) —, o direito romano era extremamente casuístico (DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 335; HAFERKAMP, 2003b, p. 1037; HAGER, 2021 [§ 826, mg. 2]; LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 48]): um ‘rabo pretoriano’¹⁸⁸ balançando um ‘cachorro substantivo’¹⁸⁹. Tanto é que os romanos lidavam (difusamente) com o que hoje se entende por abuso por meio de uma defesa *processual* contra a malícia: a *exceptio doli* (WIEDMANN, 2002, p. 5-6). Havia certa reprovação a alguns comportamentos maliciosos (que autorizava a utilização de remédios defensivos), mas é bastante improvável que tenha ocorrido a algum romano afirmar que alguém ‘abusou’ de um direito.

Portanto, muito embora algumas ideias que remetem à noção geral de abuso do século XIX estivessem já presentes no direito romano¹⁹⁰ — em contradição com outras tantas que sustentavam o individualismo antissocial¹⁹¹ —, só se pode falar de doutrinas de

¹⁸⁸ António Menezes Cordeiro (1983, p. 71-72) resume-o da seguinte forma: “O sistema jurídico romano tinha base processual: assentava não no reconhecimento abstracto de posições subjectivas, mas na atribuição concreta de acções. [...] a *Lex Aebutia* (130 a.C.) veio oficializar o processo formulário. Descrevendo, com base nele, a marcha do processo romano, há a registar dois tempos. O primeiro decorria perante o pretor que, apurando o litígio, concedia a fórmula. Na fórmula destacava-se a *intentio* — a base jurídica da solução eventual ou, se se quisesse, a previsão normativa do caso — e a *condemnatio*, ordem dada ao juiz para condenar ou absolver, consoante o que apurasse a nível de factos. O segundo tempo desenrolava-se perante o juiz e respeitava à produção da prova, que permitiria a concretização da fórmula”.

¹⁸⁹ Fazendo-se um trocadilho com a espirituosa declaração de Michael Taggart (apud REID, 2004, p. 9, tradução nossa) sobre o sistema do *common law*: um “rabo instrumental balançando um cachorro substantivo [*remedial tail wagging the substantive dog*]”.

¹⁹⁰ Giovanni Cazzetta (2017, p. 561, tradução nossa) fala, nesse sentido, em “possíveis ‘ideias’ [*possibili ‘spunti’*]”.

¹⁹¹ Alvino Lima (1956, p. 26) lista “máximas fundamentais do individualismo” — *Nullus videtur dolo facere qui iure utitur, Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet, Non videtur vim facere qui suo iure utitur, an non facit dolo qui iure perpetua utitur, e Quia dolo malo non videtur habere, sui suo iure utitur* — e textos que reconheciam a inadmissibilidade de comportamentos intencionalmente lesivos ou sem utilidade própria — *neque malitiis indusgendum est, si tectorium puta, quod induxerit picturasque corraderet velis nihil laturus nisi ut officias, Expedit enim reipublicae ne quis re sua male utitur, male enim nostro iure uti non debemus, est sane non debet habere: si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faeiendi id fecit, quis factus (sc. ager) mihi quidem prodesse potest ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit etsi iure deficiamus, quae sententia verior est; si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat*. Enxergar-se um princípio minimamente consistente de vedação ao abuso no direito romano exige uma argumentação ‘acrobática’ que lhe retiraria qualquer utilidade prática.

abuso a partir do momento em que se reconheceram permissões ‘em abstrato’, existentes prévia e independentemente de qualquer validação processual. A pleiteada vinculação histórica das doutrinas de abuso ao direito romano é vista por Pascal Ancel e Claude Didry (2001, p. 51-52) apenas como um esforço para legitimar a noção.

Muito embora a proibição aos atos emulativos, como tal é hoje entendida, não fosse desconhecida por volta de 1850 — por exemplo: o art. 88 da *ordonnance* de Villers-Cotterêts, de 1539, reprimia a ‘temeridade’ nas questões reais, pessoais, possessórias, civis e penais (FRANÇA, 1539), e o Direito Geral Nacional para o Estado Prussiano (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* — ALR), de 1794, já dispunha explicitamente existir dever de “compensar, se ficar claro pelas circunstâncias que, entre várias formas possíveis de exercer seu direito, ele [o titular do direito] escolheu a que é prejudicial a outrem, com a intenção de prejudicá-lo” (PRÚSSIA, 1794, tradução nossa¹⁹²) —, a grande novidade que estimulou o debate doutrinário foram decisões proferidas por tribunais franceses e belgas negando a licitude de exercício de um direito subjetivo concedido pelo *Code* napoleônico, mesmo quando não se podia presumir que a única intenção possível do titular do direito era a de causar dano. Entre 1901 (quando Porcherot adotou pela primeira vez o termo ‘abus’) e 1913, ao menos vinte teses de doutorado foram publicadas, e todos os grandes civilistas à época marcaram posição sobre o assunto (FLEISCHER, 2003, p. 866).

Em meados do século XIX, na Alemanha, de proibição de abuso propriamente dita considerava-se haver apenas uma reprovação ao ato emulativo, posteriormente consagrada, em 1896, no § 226 do BGB¹⁹³. Somava-se a essa ‘proibição da chicana’¹⁹⁴ a jurisprudência da *exceptio doli generalis* — instrumento processual utilizado pelos juízes para julgarem por equidade, mesmo quando existia texto normativo aplicável. Wolfgang Siebert, com inspiração francesa, foi o responsável por substituir a *exceptio doli* por uma ‘reserva geral de abuso’¹⁹⁵, na Alemanha, mas o fez estabelecendo a ideologia nazista como elemento orientador da ‘descoberta’ da finalidade dos direitos. Após a derrota da Alemanha na 2ª Guerra Mundial, o próprio Siebert (o Siebert II) colaborou decisivamente para a guinada que conferiu a

¹⁹² “§. 36. Wer sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem Andern daraus entstanden ist, nicht ersetzen. 1) Wenn der Beschädigte sich nur seines Rechts bedient hat. §. 37. Er muß aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, daß er unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechts diejenige, welche dem Andern nachtheilig wird, in der Absicht, denselben zu beschädigen, gewählt habe”.

¹⁹³ Nas palavras de Holger Fleischer (2003, p. 872, tradução nossa), a proibição da chicana do § 226 do BGB é o “núcleo mais interno da proibição de abuso [innersten Kern des Mißbrauchsverbots]”.

¹⁹⁴ ‘Schikaneverbot’.

¹⁹⁵ ‘Mißbrauchsvorbehalt’.

peculiaridade da nova tradição alemã de *unzulässige Rechtsausübung* — já agora totalmente apartada da tradição francesa definitiva de *abus*, importada por Siebert I —: a formulação dogmática de grupos de casos.

1.3.1 A tradição franco-belga de abus de droit

A noção de abuso é histórica. Com isso, não se quer afirmar apenas que tem raízes antigas — e é defensável que tenha, como se viu acima —, muito menos que sua importância tenha ficado no passado — o que equivocadamente Guido Alpa¹⁹⁶ e Vincenzo Zeno-Zencovich (2007, p. 17, tradução nossa¹⁹⁷) consideram ser o “ponto de vista prevalecente hoje” —, mas também, especialmente, que só pode ser compreendida como um produto do seu tempo. As preocupações dogmáticas quanto à metódica da época do seu surgimento ainda não foram completamente desvanecidas. Neste contexto, é necessário compreender-se de que forma as doutrinas do abuso procuraram resolver os problemas em sua origem.

A decisão proferida pela Corte de Colmar, da França, em 2 de maio de 1855 (*affaire Doerr*) é considerada na literatura a pioneira no desenvolvimento da noção de abuso de direito (*abus de droit*)¹⁹⁸, a despeito de António Menezes Cordeiro (1983, p. 671) citar ainda dois julgados anteriores, ambos da Corte de Metz (de 10 de novembro de 1808, e de 16 de agosto de 1820). De todo modo, essa atribuição de pioneirismo é, em nível considerável, arbitrária, porque nenhuma destas três decisões lançou mão do termo ‘abuso’ para qualificar o comportamento reputado ilícito: a primeira considerou inexistente “interesse sério e legítimo” na construção de falsa chaminé que bloqueava do vizinho os raios de sol (FRANÇA, 1855, p. 9-10, tradução nossa¹⁹⁹); a segunda identificou a expedição de fumaça por fábrica de chapéu como “infinitamente prejudicial” ao vizinho

¹⁹⁶ Reconheça-se que, em texto posterior, Guido Alpa (2017, p. 415, tradução nossa) qualifica a fórmula do abuso como ambígua e esquiva, porém necessária. O abuso não poderia ser banido, “pois é como a fênix árabe, quanto mais se tenta exorcizá-lo, mais vigorosamente ele se reafirma [*La formula è per sua natura ambigua, sfuggente, e tuttavia necessaria, né si può bandire, come ha tentato di fare qualche legislatore, perché è proprio come l'Araba fenice, più si cerca di esorcizzarla, più si riafferma con vigore*]”.

¹⁹⁷ “The prevailing viewpoint today is to regard the problem of abuse of a right as theoretical in nature and of purely historical importance”.

¹⁹⁸ Não são poucas as referências neste sentido: DEMOGUE, 1923, p. 326; CAMPION, 1925, p. 17; CUETO-RUA, 1975, p. 965; CATALA; WEIR, 1964, p. 222-223; FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 109; FLEISCHER, 2003, p. 865; ECK, 2005, p. 3; SAJÓ, 2006, p. 39; GÄCHTER, 2007, p. 92; IONESCU, 2009, p. 322; EICHENHOFER, 2019, p. 11; LEVY, 2022, p. 350.

¹⁹⁹ “Le droit d'user de sa propriété a pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime, et ne saurait autoriser l'accomplissement d'actions malveillantes, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant préjudice à autrui”.

(FRANÇA, 1808, p. 155, tradução nossa²⁰⁰); e a terceira julgou civilmente responsável o construtor de um forno em sua propriedade, por não adotar as “precauções [...] suficientes” para não prejudicar os vizinhos (FRANÇA, 1820, tradução nossa²⁰¹).

Não muito depois do julgamento do *affaire Doerr*, em 18 de abril de 1856, a Corte de Lyon decidiu que o bombeamento de toda a água de poço compartilhado entre proprietário e vizinho era ilícita, porque “inspirado exclusivamente pelo desejo de fazer mal” (FRANÇA, 1856, p. 200, tradução nossa²⁰²). Essa decisão também é corriqueiramente citada na literatura²⁰³. Desta primeira fase de ‘descoberta’ do abuso, Menezes Cordeiro (1983, p. 671) cita ainda o julgado da Corte de Colmar, de 25 de julho de 1861, que reputou ser o proprietário responsável pelo desabamento de parte do seu imóvel no do vizinho, por falta de cuidados, uma vez que o exercício do direito de propriedade acarreta a obrigação de adotar todas as “precauções necessárias” para evitar prejudicar outrem (FRANÇA, 1861, p. 580, tradução nossa²⁰⁴).

Percebe-se facilmente que não se apresenta, até aqui, uma abordagem claramente definida do que viria a ser intitulado abuso. A análise mostra que, até então, o termo sequer fora utilizado na jurisprudência: ao citarem retrospectivamente essas decisões, as primeiras doutrinas civilistas do abuso pretendiam, na verdade, mostrar que não se tratava de uma invenção, mas de algo extraído da jurisprudência do século XIX. Em suma: viu-

²⁰⁰ “*Considérant au fond que Pierre lingard n'a pu disposer l'atelier où il fabrique ses chapeaux, de manière à incommoder ses voisins par les évaporations désagréables et insalubres ; Qu'il est permis à chacun de disposer de sa propriété comme il lui plaît, mais sans cependant nuire à autrui ; Qu'il n'est plus possible de douter que l'établissement de l'appelant tel qu'il est, nuit infiniment à l'intimé*”.

²⁰¹ “*En effet, elle n'a prescrit l'emploi de certaines précautions à ceux qui veulent élever des fours ou autres constructions dangereuses, que pour que les voisins n'eussent point à en souffrir, et dans la présomption que ces précautions seraient suffisantes ; si donc, malgré ces mêmes précautions prises, lesdites constructions nuisent encore aux voisins et leur causent de graves inconvénients, il est clair qu'il doit y être pourvu*”.

²⁰² “*Considérant, sur l'exception ainsi formulée, que le droit du propriétaire trouve nécessairement une limite dans l'obligation de laisser le voisin jouir aussi de sa propriété; que le pouvoir d'abuser de sa chose ne peut servir à colorer un acte, qui, inspiré exclusivement par l'envie de nuire, prend, à raison d'une communication souterraine entre deux fonds, le caractère d'une entreprise portée sur le fonds voisin, pour toucher à sa substance et anéantir ou amoindrir un bien naturel, qui en fait la principale valeur ; qu'un pareil acte sainement apprécié à la lumière de la règle malitios non est indulgendum, constitue un des cas de quasi-délits prévus par l'art. 1382 ; Considérant que le jugement a fait une juste application de ces principes, en décidant que les sociétaires André étaient tenus de réparer le préjudice par eux causé à Badoit; mais qu'il a outrepassé la disposition de l'art. 1382 et blessé celle de l'art. 544 par une restriction arbitrairement apportée à l'exercice du droit de propriété, en assujettissant les sociétaires André à ne garder à leur pompe que deux robinets et à y faire divers ouvrages dont les conditions ont été spécifiées*”.

²⁰³ Uma lista não exaustiva: MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 671; DEMOGUE, 1923, p. 327; CUETO-RUA, 1975, p. 965-966; FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 111; TULLIO, 2015, p. 14; LEVY, 2022, p. 350.

²⁰⁴ “*C'est aussi ce que juge un arrêt de la Cour de cassation du 12 fév. 1845 (vol. 1845.1.428), aux termes duquel une compagnie de chemin de fer qui n'a pas pris les précautions nécessaires pour soutenir les terrains supérieurs et empêcher les effets de leur poussée, doit être déclarée responsable des accidents qui en résultent. [...] Et nous ne voyons pas en effet pourquoi celui qui a occasionné un éboulement, ne serait pas condamné à rétablir, si c'est possible, les lieux dans leur état primitif*”.

-se nas decisões o que se queria ver — com a possível exceção apenas do *affaire Doerr*, “no qual a ideia de abuso de direitos, a despeito da ausência de uma noção explícita, está inegavelmente presente” (ANCEL; DIDRY, 2001, p. 53, tradução nossa²⁰⁵).

Isso mudou apenas — como observado por Philipp Eichenhofer (2019, p. 59) — na virada para o século XX, inicialmente nos tribunais de instância franceses, e culminando com a famosa decisão Clement-Bayard, ditada pela *Cour de Cassation* francesa em 3 de agosto de 1915. Um proprietário colocou, nos limites do imóvel de sua propriedade, lanças de ferro, com o objetivo de furar os dirigíveis que decolavam do terreno vizinho, onde eram fabricados. O Tribunal fez constar da ementa: “*Abuso do direito, elevação de construções, intenção de causar dano*” (FRANÇA, 1915, p. 79, tradução nossa²⁰⁶, grifo nosso). Nos comentários do próprio *Recueil Dalloz* — onde publicado o julgamento —, refere-se à decisão como o primeiro em que a *Cour de Cassation* tratou da “teoria do abuso”.

É muito relevante a maneira como Louis Josserand (1939, p. 36, tradução nossa²⁰⁷) trabalha dogmaticamente essa última decisão: segundo ele, houve abuso porque o proprietário “tinha em vista a satisfação de um interesse pessoal, mas não de um interesse sério e legítimo”. É um resgate da justificação do *affaire Doerr*, e, de certa forma, um descarte de todas as demais abordagens — danosidade objetivamente excessiva (decisão de 10 de novembro de 1808), não adoção de precaução suficiente (decisão de 16 de agosto de 1820), e intencionalidade danosa (decisão de 18 de abril de 1856, além da expressa citação na ementa do próprio *arrêt* Clement-Bayard). Josserand (1939, p. 375-376, tradução nossa²⁰⁸) censura a *Cour de Cassation* porque “a intenção de prejudicar era, nesse

²⁰⁵ “Parmi les décisions citées par les auteurs du début du XIXe siècle à propos de la notion d'abus de droit, les plus nombreuses sont relatives à la responsabilité du propriétaire qui cause un dommage à un voisin; mais, parmi ces décisions, une seule, en réalité, se rattache à ce que nous appelons aujourd'hui abus de droit; c'est la célèbre affaire de la ‘fausse cheminée’, ayant donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Colmar en 1855, arrêt où l'idée d'abus de droit, à défaut de la notion explicite, est incontestablement présente”.

²⁰⁶ “1° PROPRIÉTÉ, DROIT, ÉTENDU SPÉCULATION, MOYENS ILLÉGITIMES. RESPONSABILITÉ ; 2° ABUS DU DROIT, ELÉVATION DE CONSTRUCTIONS, INTENTION DE NUIRE ; 3° et 4° DOMMAGES-INTÉRÊTS, DOMMAGE ÉVENTUEL, DOMMAGE INCERTAIN”.

²⁰⁷ “Nous avons rencontré une application de ce principe dans les décisions qui sont intervenues à propos de l'affaire des Clément-Bayard ; le propriétaire foncier, qui avait édifié des ouvrages offensifs de grand style, se proposait, en fin de compte, moins de nuire à son voisin que de lui forcer la main en l'obligeant à se rendre acquéreur, au prix fort, de la parcelle fortifiée : manœuvre dolosive, spéculation illicite qui allait à l'encontre de la finalité du droit de propriété. Ce propriétaire avait bien en vue la satisfaction d'un intérêt personnel, mais non d'un intérêt sérieux et légitime”.

²⁰⁸ “Chemin faisant, nous avons rencontré plusieurs exemples de cet alliage et il nous suffira de rappeler l'affaire Clément-Bayard pour en faire comprendre et la possibilité et les conséquences: le propriétaire foncier qui avait édifié des ouvrages offensifs sur son terrain ne se proposait pas, comme fin dernière, de détériorer les

caso, apenas uma segunda causa, a primeira causa residindo em um pensamento de lucro”: o proprietário belicoso desejava, na verdade, forçar o vizinho a comprar o seu imóvel, por um alto preço. É evidente, assim, que o parâmetro da intencionalidade danosa nunca foi suficiente para, isoladamente, explicar as decisões sob o ponto de vista das doutrinas do abuso (MINGAM; DUVAL, 1998, p. 552).

De todo modo, a ausência de ‘interesse sério e legítimo’ é a outra face da moeda da intencionalidade danosa — a qual foi cunhada no *arrêt* Clement-Bayard²⁰⁹ como noção expressamente intitulada ‘abuso’. Luis Alberto Warat (1969, p. 73 et seq.) observa que o abuso como ausência de motivo legítimo é uma mera derivação do abuso como intencionalidade danosa, porque todo comportamento sem motivo legítimo pressupõe que a única intenção é a causação de dano. Neste contexto, a falta de ‘interesse sério e legítimo’ é o correspondente probatório (funcional) da intencionalidade danosa (estrutural) — ou, de maneira mais plástica, o seu ‘sintoma’ objetivado (PINO, 2006, p. 23; LÉONARD, 2004, p. 815). Naturalmente, a questão passa a recair sobre a (i)legitimidade dos motivos — e ela só pode ser respondida, segundo Josserand (1939, p. 407, tradução nossa²¹⁰), em consideração ao “meio ambiente no qual e para o qual o direito é realizado”. Isso mostra uma aproximação com a abordagem do desvio de finalidade: essa última mais abrangente que a da intencionalidade danosa — o que, aliás, Josserand (1939, p. 378) expressamente reconhece.

No contexto desta abordagem de desvio de finalidade, deve-se mencionar a recepção da doutrina de Josserand promovida por Wolfgang Siebert na Alemanha — com traços bastantes distintos da tradição alemã de *unzulässige Rechtsausübung* (que se desenvolveu especialmente a partir de 1945, fortemente caracterizada pela formulação de grupos de casos) —, que ganhou bastante prestígio na Alemanha durante o período do nazismo. Como fruto tardio dessa (posteriormente renegada por Siebert) recepção, pode-se incluir ainda a abordagem de ‘abuso institucional’.

enveloppes des dirigeables sortis du hangar contigu; son but véritable, son secret espoir étaient de contraindre le voisin à se rendre acquéreur, au prix fort, de la parcelle sur laquelle il avait fait des préparatifs belliqueux ; l'intention de nuire n'était, dans l'espèce, qu'une cause seconde, la cause première résidant dans une pensée de lucre. Cependant, nul doute qu'en pareil cas et dans toutes éventualités analogues, la responsabilité du titulaire du droit ne soit engagée pour cause d'abus”.

²⁰⁹ Mesmo antes da decisão Clement-Bayard, já havia certa associação dogmática, ainda que não tratada como ‘abuso’: as decisões do *affaire* Doerr (2 de maio de 1855) (interesse sério e legítimo) e de 18 de abril de 1856 (intencionalidade danosa) constam do mesmo caderno de jurisprudência selecionada do *Recueil Sirey* (FRANÇA, 1855, 1856).

²¹⁰ “Grâce à cette flexibilité, la notion du motif légitime et avec elle, celle de l'abus constituant des instruments précieux et puissants d'adaptation du droit au milieu dans lequel et pour lequel il se réalise [...]”.

Por fim, releva destacar que, na Bélgica, contemporaneamente às doutrinas finalistas e de intencionalidade danosa, desenvolveu-se paralelamente — mas com muitas características em comum — uma abordagem de abuso como desproporção entre vantagens e prejuízos, capitaneada por Lucien Champion. Esta última abordagem do tronco franco-

-belga de *abus de droit* é de especial interesse para a tese, porque ‘evoluiu’ — ao menos alegadamente — para uma abordagem de abuso por desproporcionalidade.

1.3.1.1 Abordagem da intencionalidade danosa

A “intenção de causar” dano, como visto acima, está textualmente expressa na primeira decisão judicial a referir-se explicitamente ao abuso de direito: o *arrêt* Clement-Bayard (*Cour de Cassation*, 3 ago. 1915) (FRANÇA, 1915, p. 79, tradução nossa²¹¹).

A intencionalidade danosa é um critério proposto originariamente pelas doutrinas francesas do *abus*, as quais se desenvolveram muito em função daquela decisão. Sua definição é aparentemente simples: abusa de um direito aquele, a quem a lei atribui uma potestade por interpretação ‘em abstrato’, que concretamente o exerce com a finalidade de causar dano a outrem — i. é: o titular que pratica um ato emulativo (IONESCU, 2019, p. 312). A aparente simplicidade não pode esconder, contudo, as seguintes questões juscientíficas sensíveis: (1) como este critério relaciona-se com a abordagem do desvio de finalidade (considerando-se que ambas são manifestamente finalísticas)?; (2) qualquer intenção de causar dano caracteriza o abuso, segundo as doutrinas que sustentam o critério?; e (3) como aferir a intenção do agente?

1.3.1.1.1 *Os primórdios da tradição do abus de droit*

Como visto acima, a paradigmática decisão Clement-Bayard expressamente adotou o critério da intencionalidade danosa (FRANÇA, 1915, p. 79). Em sua leitura do *arrêt*, Louis Josserand (1939, p. 378, tradução nossa²¹²) explicitamente referenciou o critério como “mínimo”, porque o comportamento com intenção de prejudicar é sempre antissocial: no dizer de Lucien Champion (1925, p. 5), a abordagem da intencionalidade

²¹¹ “1° PROPRIÉTÉ, DROIT, ÊTENDU SPÉCULATION, MOYENS ILLÉGITIMES. RESPONSABILITÉ 2° ABUS DU DROIT, ELÉVATION DE CONSTRUCTIONS, INTENTION DE NUIRE ; 3° et 4° DOMMAGES-INTÉRÊTS, DOMMAGE ÉVENTUEL, DOMMAGE INCERTAIN”.

²¹² “[...] elle [l'intention de nuire] représente, pour la théorie de la relativité des droits, un minimum, une première étape dont on a pu se contenter pendant longtemps, mais qui a été délibérément franchie et dépassée grâce à la prise en -considération d'autres critères plus amples et plus féconds”.

danosa (‘teoria estreita’²¹³ do abuso) é espécie²¹⁴ da abordagem-gênero do desvio de finalidade (‘teoria alargada’²¹⁵), esta última tratada logo adiante (Seção 1.3.1.1.2). Essa visão é compartilhada por parte considerável da doutrina civilista (CALVO SOTELO, 1917, p. 107; LIMA, 1956, p. 34; RODRIGUEZ-ARIAS, 1971, p. 111; ANDORNO, 1982, p. 26; DANTAS, 1972, p. 105; MINGAM; DUVAL, 1998, p. 551; MATHIAS, 2013, p. 352). António Menezes Cordeiro (2005) sintetiza-a muito bem: “As teorias emulativas equivalem [...] a uma primeira fórmula, algo empírica, de traduzir as doutrinas funcionais. Como estas, elas entendem que o direito subjectivo não pode ser exercido *ad nutum* mas, antes e apenas, com certas funções”. Isso, porém, não esgota o tema.

O próprio Josserand (1939, p. 368-369) ressalva que nem sempre a intenção de prejudicar qualifica o comportamento em questão como abusivo: não sujeitos a abusos, haveria os direitos absolutos e aqueles cujos exercícios a legislação ou a jurisprudência só consideram abusivos se houver gatilhos (p. ex.: segundo a jurisprudência francesa, insultos dirigidos à memória dos mortos são sancionados apenas se houver o propósito de atingir os herdeiros vivos) ou manobras específicas (p. ex.: pela lei francesa, a malevolência na formação dos contratos leva à sua nulidade apenas se caracterizado dolo, dolo agravado ou lesão).

É muito importante considerar o que são, na doutrina de Josserand, os direitos absolutos (direitos não causados), não ‘abusáveis’. Para ele, essas “prerrogativas [...] podem ser postas impunemente a serviço do rancor, da malícia, da inveja ou da

²¹³ ‘*théorie étroite*’.

²¹⁴ José de Oliveira Ascensão (2006, p. 80-81), diferentemente, aloca a abordagem da intencionalidade danosa na de violação à boa-fé objetiva. Com isso, contudo, acaba contradizendo o que ele próprio defende (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2006, p. 70), e expandindo a boa-fé objetiva além dos seus limites dogmáticos. Mesma linha é adotada por Fabrizio Piraino (2013, p. 131, tradução nossa), mas em referência à proibição da chicana: “É possível refutar outra convicção generalizada: que existe uma diferença, lógica ainda mais do que conceitual, entre *Schikane* e incorreção e que isto se reflete em duas concepções diferentes da proibição de abuso de direitos, aproximadamente rastreáveis àquelas que na Alemanha estão ligadas respectivamente ao § 226 e § 242 BGB [*è possibile anche confutare un'altra diffusa convinzione: quella che corra una differenza, logica prima ancora che concettuale, tra schikane e scorrettezza e che ciò si rifletta in due diverse concezioni del divieto di abuso del diritto grosso modo riconducibili a quelle che in Germania si riallacciano rispettivamente al § 226 e § 242 BGB*]”. Rosalice Pinheiro (2011, p. 7) trata de maneira mais geral: os “parâmetros subjetivos ditados pela intenção de prejudicar [...] se acham absorvidos” não só pela boa-fé objetiva, mas também pelos bons costumes e pela finalidade econômica e social dos direitos — mas não há um aprofundamento sobre a questão. Daniel Boulos (2006, p. 41, p. 143, p. 268) entende que a intencionalidade danosa é ‘absorvida’ pelas violações à boa-fé e aos bons costumes; especificamente o ato emulativo de exercício do direito de propriedade seria violador tão somente da boa-fé objetiva (BOULOS, 2006, p. 270).

²¹⁵ ‘*théorie élargi*’.

malevolência” (JOSSERAND, 1939, p. 368-369, tradução nossa²¹⁶). Como identificá-los? Josserand exemplifica-os, mas não justifica os seus exemplos. Sabe-se, assim, que para ele é absoluto o direito do ascendente de opor-se ao casamento de descendente, mas a justificação para isso causa perplexidade: não se poderia abusar desse direito porque o art. 179 (*rectius*: art. 173) do Código Civil francês não o permitiria (JOSSERAND, 1939, p. 416 [nota de rodapé 2]).

Comparem-se o art. 173 e o art. 544 do mesmo código: “O pai, a mãe e, na ausência de pai ou mãe, os avós podem se opor ao casamento de seus filhos e descendentes, mesmo que sejam maiores de idade”; e “A propriedade é o direito de fruir e dispor das coisas da maneira mais absoluta [...]” (FRANÇA, 1804, tradução nossa²¹⁷). Não há nada no texto do art. 173 que permita concluir que se trata de um ‘direito absoluto’ — muito menos se confrontado com o art. 544 (que trata literalmente da *absolutes* do direito de propriedade, e que Josserand sustenta, ao contrário, ser ‘causado’²¹⁸, portanto relativo).

É incontestável que não é possível traçar-se, somente a partir dos textos normativos legais, uma distinção entre direitos causados e absolutos. As respectivas naturezas são produto dogmático, não ponto de partida metódico para a interpretação. Virgilio Giorgianni (1963, p. 100, tradução nossa²¹⁹), em crítica às doutrinas finalistas — às quais contrapõe a sua, axiologista (como se verá na Seção 1.3.1.2.4) — observa corretamente que essa categorização de direitos formulada por Josserand, entre causados/relativos e não causados/absolutos, “sugere uma contaminação singular da consideração formal do direito subjetivo e uma consideração dogmática ou interpretativa dele”. E isso coloca a relevante questão: o que faz (certamente, não o texto normativo da lei) com que Josserand interprete o direito de propriedade como direito causado (portanto sujeito ao abuso) e o direito de

²¹⁶ “Il faut d'abord mettre à part les droits absolus, les droits non causés qui peuvent être exercés dans une pensée quelconque, en vue d'une fin quelconque, sans engager jamais la responsabilité de leurs titulaires. Nous avons précédemment signalé l'existence de ces droits souverains sur lesquels nous reviendrons, tels les droits, pour un ascendant, de faire opposition au mariage de son descendant mineur, ou, pour un propriétaire foncier, de couper les racines qui empiètent sur son fonds, ou, pour un père de famille, d'avantager un de ses enfants au détriment des autres et dans les limites objectives, mathématiques, de la quotité disponible. Ces différentes prérogatives, assez peu nombreuses, peuvent être mises impunément au service de la rancune, de la méchanceté, de la jalousie ou de la malveillance ; elles sont considérées comme portant en elles-mêmes leur propre justification, leur propre finalité : on ne saurait en abuser”.

²¹⁷ “Art. 173. Le père, la mère, et, à défaut de père et de mère, les aïeuls et aïeules peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, même majeurs [...]”. “Art. 544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

²¹⁸ ‘causée’.

²¹⁹ “La distinzione, infatti, ovvero in diritti ‘causées’ e diritti ‘non causées’, ovvero in diritti ‘relatifs’ e in diritti ‘absolus’, lascia intendere una singolare contaminatio di considerazione formale del diritto soggettivo, e considerazione dommatica o interpretativa di esso”.

opor-se ao casamento dos descendentes como direito absoluto (não ‘abusável’)? O parâmetro para a categorização decorre necessariamente da concepção do intérprete sobre cada um dos direitos em questão. O problema é que Josserand não apresenta esse parâmetro — que, como visto, também não está no texto normativo legal. A “impressão predominante”, como destacam Christine Mingam e Astrid Duval (1998, p. 550, tradução nossa²²⁰), “é que cada direito é avaliado caso a caso” — o que, na verdade, não se revela equivocado (como se verá na Seção 4.3.1), muito embora precise ser exposto e trabalhado sob uma dogmática consistente.

Intimamente relacionada à acima citada, a questão mais debatida sobre o critério aqui analisado é se a intenção de causar dano caracterizadora do abuso deve ser ou não o único móvel do agente. Pedro Baptista Martins (1997, p. 18), por exemplo, entende só haver abuso por intencionalidade danosa se houver exclusiva intenção de prejudicar. Cita, em reforço à sua tese, a decisão proferida pelo STF na Apelação Cível 5.537 (19 maio 1933, rel. Min. Edmundo Lins): “Esta pena [perdas e danos pelo ajuizamento de ação judicial malsucedida], effectivamente [*sic*], de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, só se impõe a quem [...], no chamar outrem a juízo, *só o faz com o fim de molestar-o* [*sic*], com o conhecimento pleno de o fazer” (BRASIL, 1933, grifo nosso).

Como se verá na Seção 1.3.2.1, o § 226 do BGB adota expressamente essa abordagem de abuso por (exclusiva) intencionalidade danosa, havendo resultado em um notório fracasso, na vida jurídica (prática). Tentou-se contornar esse insucesso com a mitigação do parâmetro: a intenção de prejudicar qualificadora do comportamento como abusivo seria apenas a “principal, determinante” (JOSSE RAND, 1939, p. 377, tradução nossa²²¹). Fácil perceber que isso não melhora nada a perspectiva de êxito, porque, como o próprio Josserand precisa admitir, “cabe ao juiz determinar se, no caso que lhe foi submetido, ela [a intenção de causar dano] desempenhou um papel primário”.

A categorização do abuso por intencionalidade danosa pode ser refinada, em uma gradação: alternativamente aos comportamentos movidos pela ‘exclusiva ou determinante’ intenção de causar danos (o que, como visto, reduz a quase zero o campo de aplicação da

²²⁰ “La question des droits discrétionnaires divise donc au plus haut point les auteurs. La jurisprudence quant à elle, n'adopte pas toujours la même attitude. L'impression qui domine est une appréciation au cas par cas de chaque droit”.

²²¹ “Il faut généraliser : l'intention de nuire est constitutive d'abus du moment qu'elle a été principale, déterminante, et c'est au juge qu'il appartiendra de rechercher si, dans l'espèce qui lui est soumise, elle a joué un rôle de premier plan”.

noção), seriam abusivos aqueles praticados — a depender da doutrina — ou com uma intenção ‘excessivamente’ danosa, ou com uma intenção danosa ‘que não resulta necessariamente do exercício do direito’.

A primeira das alternativas é sustentada por Joseph Charmont (1902, p. 423, tradução nossa²²²), para quem “o ato intencionalmente prejudicial é um abuso do direito, [...] porque constitui objetivamente um fato anormal, excessivo”. Naturalmente, isso suscita a questão — não respondida por Charmont — de saber como traçar a linha divisória entre fatos ‘normais’ e ‘excessivos’. Sem isso, nada se ganha metodicamente.

A outra via é defendida por Jorge Americano (1932, p. 35), segundo o qual um dos requisitos do abuso é a existência de “lesão que não resulte forçosamente da natureza do direito exercido”. Americano, porém — assim como Charmont —, não prescreve parâmetros para delimitar o que são lesões que decorrem ‘naturalmente’ de um exercício, daquelas ‘artificialmente’ causadas (portanto abusivas).

Essas duas gradações, de todo modo, oferecem uma linha de investigação da abusividade do comportamento mais promissora que a da intencionalidade danosa ‘exclusiva ou determinante’: o parâmetro do abuso deixa de ser uma incursão mental, e passa a ser a confrontação do comportamento com um padrão objetivamente estabelecido (a objetivação da intencionalidade danosa) — o que elimina a necessidade de identificação do móvel do agente. No entanto, isso traz novamente a questão de identificarem-se os parâmetros a partir dos quais se poderá formar o padrão objetivo.

Esse padrão varia de acordo com a concepção do autor. Campion (1925, p. 303, tradução nossa²²³) argumenta que: “A intenção maliciosa é apenas um dos meios, mas um dos meios mais certos, de revelar, para benefício da parte lesada, uma quebra de equilíbrio que o juiz deve remediar” — e o faz porque, para ele, como se verá na Seção 1.3.1.3, o abuso é o rompimento do equilíbrio dos interesses em presença (CAMPION, 1925, p. 180). Já Josserand²²⁴ (1939, p. 413) propõe a confrontação da intenção do agente com a função social do direito — precisamente porque adota uma concepção finalista. Para que essa objetivação da intencionalidade danosa tenha valor metódico, seria necessário que

²²² “*Ainsi l'acte intentionnellement dommageable est un abus du droit, non pas à raison de l'intention qui l'inspire, mais par lui-même, parce qu'il constitue objectivement un fait anormal, excessif: il aurait le même caractère si l'auteur avait agi sans malveillance et n'avait été qu'imprudent*”.

²²³ “*L'intention méchante n'est qu'un des moyens mais un des moyens les plus certains, de révéler au profit de la partie lésée une rupture d'équilibre que le juge doit réparer*”.

²²⁴ Luis Alberto Warat (1969, p. 73 et seq.), em sua classificação triparte de critérios (intenção de dano [subjética], intenção de dano objetivada e violação à finalidade econômica e social), coloca Josserand nas duas últimas.

houvesse parâmetros ou para a definição do equilíbrio de interesses, ou para a identificação da função social de cada direito. Lamentavelmente, nenhum dos autores esclarece satisfatoriamente o ponto, adotando uma abordagem claramente definitória do abuso.

Do critério do abuso como intencionalidade danosa resultam, muito mais do que avanços metódicos, problemas. São eles: (1) sem referência a qual intencionalidade danosa se está tratando (exclusiva/determinante, excessiva ou artificial), é impossível uma compreensão racional da justificação nela baseada. Tomando-se como exemplo o julgamento proferido pelo STF no RE 806339 (Tribunal Pleno, 15 dez. 2020, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão Min. Edson Fachin), no sentido de que teria ocorrido abuso da liberdade de reunião porque a não dação de aviso prévio teve a “clara finalidade de potencializar os danos à sociedade causados pela manifestação [Greve dos Caminhoneiros]” (BRASIL, 2021c): não é possível compreender, aqui, se essa “clara finalidade” foi exclusiva ou determinante (i. é: se o comportamento pretendia apenas ou acima de tudo causar transtornos), se foi excessiva (ou seja: se a não dação de aviso fugiu à ‘normalidade’ do exercício do direito), ou se foi artificial (em outros termos: se os transtornos não decorrem *per se* do exercício da liberdade de reunião). Além disso, (2) para que seja possível o controle da decisão judicial que faz uso do discurso de abuso por intencionalidade danosa, é exigível a justificação racional da aferição da intenção do agente — seja ela analisada psicologicamente, seja ela confrontada com um padrão objetivo (o que pressupõe a prévia justificação do *standard* utilizado). Voltando à decisão proferida no RE 806339: não há nenhuma justificação, quer sobre a intenção do organizador da reunião (seria surpreendente se houvesse), quer sobre o padrão contra o qual foi confrontado o efetivo comportamento (houve abuso porque o direito de reunião não tem como finalidade causar transtornos?; ou porque os transtornos desequilibraram os interesses de manifestantes e de não manifestantes que pretendiam circular pelas vias obstruídas?).

A pesquisa das doutrinas civilistas mostrou que é inevitável a remissão do parâmetro de aferição da intencionalidade danosa a padrões objetivos — o que, por consequência, suscita a questão de saber como esses padrões são formados. Vê-se, assim, que o critério da intencionalidade danosa, sem aprofundamento, nada oferece como justificação racional do discurso de abuso.

1.3.1.1.2 *Abordagem da causação de dano desnecessário*

Essa falta de parâmetros é muito mais facilmente percebida na abordagem da causação de dano desnecessário.

Viu-se, acima (Seção 1.3.1.1), que a abordagem da intencionalidade danosa mitiga a exigência original de que, para qualificação como abusivo, o comportamento valorado tivesse como móvel *exclusivo* a causação de dano: para Jorge Americano (1932, p. 35), por exemplo, um dos requisitos do abuso é a existência de “lesão que não resulte forçosamente da natureza do direito exercido”. Essa é uma clara objetivação da intencionalidade danosa.

A despeito de ter sido mencionada em julgamentos tão antigos quanto o proferido no início do século XIX pela *Cour d’Appel* de Paris (CAMPION, 1925, p. 194), a expressão ‘dano desnecessário’²²⁵ como representativa desta abordagem tem pouca ressonância na literatura. Isso porque, para chegar-se a ela, deve-se pressupor que há danos que, ainda que intencionalmente causados, não são abusivos — reconhecimento este pouco comum nas doutrinas do *abus*.

André Carradita (p. 87 [nota de rodapé 270]) cita, porém, João Bonumá, para quem não haveria ilícito (portanto não haveria abuso) se as partes não violassem o dever de veracidade no processo civil, desde que “não ajam com dolo, ou malícia, produzindo prejuízo desnecessário à parte contrária”.

É manifesta a falta de parâmetros desta abordagem: como se identificam os “danos necessários” (portanto legítimos)? Isso fica evidente ao analisar-se, por exemplo, a decisão proferida pela 4ª Turma do STJ, no REsp 1294474 (19 nov. 2013, rel. Min. Luís Felipe Salomão): “aquele que, conquanto exercendo um direito reconhecido, atinja injustamente bem jurídico de outrem, *causando-lhe mal desnecessário*, comete abuso de direito” (BRASIL, 2014y, grifo nosso). Se não se sabe o que é um ‘mal necessário’, não se sabe o que é abuso.

1.3.1.2 *Abordagem do desvio das finalidades econômica e social dos direitos*

Como visto acima (Seção 1.3.1.1), o parâmetro do abuso como desvio de finalidade do direito aparece, por obra de Louis Josserand, como desdobramento natural da objetivação do critério da intencionalidade danosa. Em vez de investigar-se, em um

²²⁵ ‘*dommage non nécessaire*’.

completo vazio, o ânimo do agente (seu estado psicológico), confronta-se o seu comportamento com um padrão objetivamente delineado.

Da doutrina originária de Josserand, derivou-se uma abordagem marcadamente moralista, que pretende identificar as finalidades dos direitos — seu ‘espírito’ — no plano moral.

Além disso, a abordagem de Josserand rendeu como fruto um raro caso de recepção de doutrina francesa na Alemanha. Isso se deu muito por obra de Wolfgang Siebert — que divulgou ideias da tradição de *abus* em solo alemão (tradição de *Rechtsmißbrauch*) —, havendo sido seguido — mesmo após desertar — por aqueles que, hoje, sustentam a existência de um ‘abuso institucional’.

Houve críticas contundentes à dificuldade de identificar-se a finalidade dos direitos. Para respondê-las pretendeu-se, sem sucesso, substituir a abordagem finalista por uma abordagem axiologista (meramente formal) — que acabou por não prover avanço metódico (muito embora não se possa desprezar seu valor teórico).

1.3.1.2.1 *Abordagem originária de Louis Josserand*

Sem dúvida, a abordagem de abuso que mais ganhou o mundo — havendo influenciado até mesmo a cultura jurídica alemã — foi desenvolvida por Louis Josserand. Para ele, “a própria base da teoria do abuso” é o reconhecimento de “uma função social que não pode ser desviada pela vontade do titular” (JOSSE RAND, 1939, p. 294, tradução nossa²²⁶).

(1) Como ocorre a definição desse parâmetro (i. é: como se ‘descobre’ a ‘função social’ de cada direito) é a questão central suscitada pela adoção desta abordagem. Além dessa, há diversas questões secundárias a serem respondidas — ou, pelo menos, que exigem a busca de respostas — em uma pesquisa que tem como objetivo racionalizar o discurso judicial de abuso: (2) em que medida esta abordagem pressupõe uma concepção dos direitos que os considere direitos-função?; (3) de que forma o impulso da literatura à interpretação teleológica torna obsoleto o recurso ao discurso de abuso como desvio de finalidade?; (4) a reconhecida funcionalização metaindividual é também limitadora dos

²²⁶ “[...] chaque droit est considéré, surtout dans la conception soviétique, comme ayant une fonction sociale dont il ne saurait être détourné par la volonté du titulaire ; c’est cette fonction qui constitue les assises mêmes de la théorie de l’abus, et non plus seulement l’intention de nuire : l’édifice, élevé sur ces bases élargies, est autrement imposant que celui du droit germanique et, plus anciennement, celui du droit romain”.

direitos com conteúdo de autonomia existencial?; (5) quais são os meios de controle do juiz, no ‘reconhecimento’ de uma finalidade do direito?; e (6) as considerações sobre a finalidade dos direitos são endógenas ao Direito, ou avançam sobre a moralidade?

Antes de adentrar nas questões relativas de modo geral à abordagem do desvio de finalidade, é necessário fazer duas observações prévias.

Há um abuso, sustentado especialmente por Raymond Saleilles, entendido como anormalidade do exercício do direito. Essa abordagem foi adotada expressamente pela Min. Carmen Lúcia, do STF, relatora, no julgamento da AP 396 (Tribunal Pleno, 28 out. 2010): “O direito, [...] em sua realização anormal e ilegítima [...] [é] abuso” (BRASIL, 2011n). O próprio Saleilles (1914, p. 371 [nota de rodapé 1], tradução nossa²²⁷, grifo nosso) assim a explica: “A verdadeira fórmula seria aquela que veria o abuso do direito no *exercício anormal* do direito, *exercício contrário à destinação econômica ou social* do direito subjetivo [...]”.

A relação indissociável entre anormalidade e desvio de finalidade (inclusive por intencionalidade danosa) foi deixada clara no art. 7(2) do Código Civil espanhol, que, após modificação realizada em 1974, passou a dispor que é abusivo: “Todo ato ou omissão que, em razão de sua intenção, seu *propósito* ou das circunstâncias em que é realizado, exceda manifestamente os *limites normais do exercício* de um direito [...]” (ESPANHA, 1889, tradução nossa²²⁸, grifo nosso).

Ou seja: exercício anormal do direito e desvio de finalidade do direito podem ser tidas como expressões sinônimas (PINO, 2006, p. 29; LIMA, 1956, p. 35).

O mesmo vale para a abordagem sustentada pelos irmãos Mazeaud: “a teoria do abuso de direitos é, na verdade, apenas uma aplicação particular da ideia de *faute*” (MAZEAUD; MAZEAUD, 1932, p. 96-97, tradução nossa²²⁹).

²²⁷ “La véritable formule serait celle qui verrait l’abus du droit dans l’exercice anormal du droit, exercice contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif, exercice réprouvé parla conscience publique et dépassant, par conséquent, le contenu du droit [...]”.

²²⁸ “La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

²²⁹ “[...] la théorie de l’abus des droits n’est, en effet; qu’une application particulière de l’idée de *faute*”.

Como Raluca Ionescu (2009, p. 324 [nota de rodapé 1220], tradução nossa²³⁰) bem observou, a *faute* é caracterizada exatamente pelo “comportamento anormal” — assim como a concepção de Saleilles —, com a peculiaridade de considerar-se ‘normal’ o padrão do “homem razoável e prudente”. A abordagem do abuso como *faute* nada mais é, portanto, que uma concepção de abuso que o liga ao desvio de um comportamento objetivamente estabelecido como *standard*.

Esta concepção é questionada de maneira convincente por Jean Zuylen (2011, p. 320 et seq.), que identifica diversas diferenças entre abuso e *faute*, sendo as principais delas as dissonâncias quanto à exigibilidade de dano (elemento indispensável do tríptico da responsabilidade civil, mas não do abuso), às distintas natureza corretiva (do abuso) e meramente reparadora (da *faute*), à necessidade de investigação de circunstâncias estritamente relacionadas ao caso concreto (o que não ocorre na *faute*, em que o comportamento é abstratamente confrontado com um ‘padrão médio’, como o do ‘bom pai de família’ ou do ‘homem razoável e prudente’), e à amplitude do controle (apenas ‘marginal’²³¹ no contexto do abuso). A relação entre *faute* e abuso pode ser explicada, assim, de duas maneiras alternativas ao esquema simplista da linha inaugurada pelos irmãos Mazeaud: (1) o abuso seria um caso especial de *faute*, mas com natureza própria, originado da ocorrência de um número limitado de ‘esquemas de *faute*’; (2) o abuso seria totalmente diferente da *faute*, uma vez que aquele teria como tarefa apenas realçar o verdadeiro significado do direito contra o significado aparente da lei, enquanto esta permaneceria vinculada à responsabilização civil.

Diferentemente da abordagem proposta por Saleilles, contudo, a concepção dos Mazeaud oferece parâmetros (inaceitáveis, pelos motivos expostos por Zuylen) de identificação do abuso: os da responsabilidade civil — o que, como se afirmará com bastante ênfase na Seção 3.1.4, é extremamente problemático, especialmente na teoria dos direitos fundamentais: são as regras (legais) de responsabilidade civil que indicam onde há abuso da liberdade (constitucional), como afirmou²³² a Min. Nancy Andrighi, do STJ, rel. do REsp 984803 (26 maio 2009) (BRASIL, 2009e)? É evidente que não.

²³⁰ “*Qu’il s’agit de la faute lourde ou de la faute simple, intentionnelle ou non, la faute, comme critère de l’abus, engage la responsabilité de l’auteur sur la base des arts. 1382 et 1383 du code civil français. La faute se caractérise par un comportement anormal que n’aurait pas un homme raisonnable et prudent*”.

²³¹ Sobre o controle marginal, cf. nota de rodapé 489.

²³² “[...] é essencial o manejo correto das regras de responsabilidade civil, pois só elas podem indicar onde há abuso de liberdade”.

Esclarecido isso, pode-se avançar à segunda questão, sobre a relação existente entre a abordagem do abuso como desvio de finalidade e a identificação de deveres implicitamente associados aos direitos, já perceptível nas primeiras doutrinas civilistas do abuso.

No início do século XX, Lucien Campion (1925, p. 113, tradução nossa²³³, grifo nosso) já afirmava que: “Como todos os direitos subjetivos, o direito de celebrar um contrato é conferido aos seres jurídicos *apenas para permitir-lhes contribuir* para a vida social enquanto satisfazem seu interesse particular”. No Brasil, Pedro Baptista Martins (1997, p. 165, grifo nosso), dez anos depois²³⁴, sustentava que “os direitos subjetivos [...] não são atribuídos como fins em si mesmos, mas apenas como um *meio que se lhes faculta para o desempenho de suas funções e de seus deveres sociais*”.

Nada traduz melhor essa atribuição de deveres associados a um direito que a noção de ‘função social’. Maria Olga Sánchez (2009, p. 827, tradução nossa²³⁵) colocou isto às claras: “Não há direitos sem deveres, não há direitos sem função social”. A relativização do direito subjetivo de propriedade era o *Zeitgeist*²³⁶ da virada para os 1900 (CARPENA, 2001, p. 133): a Constituição do México de 1917, no art. 27, ditou que: “A propriedade das terras e águas [...] corresponde [...] à Nação [...]” (MÉXICO, 1917, tradução nossa²³⁷), sendo seu uso concedido apenas para um gozo que a favoreça de modo geral; e a Constituição da Alemanha de 1919 dispunha ao final do seu art. 153 que: “A propriedade obriga. Seu uso deve ser, ao mesmo tempo, um serviço para o bem comum” (ALEMANHA, 1919, tradução nossa²³⁸).

²³³ “Comme tous les droits subjectifs, le droit de conclure un contrat n'est conféré aux êtres juridiques qu'en vue de leur permettre de contribuer, à la vie sociale, tout en satisfaisant leur intérêt particulier”.

²³⁴ A primeira edição de seu *O abuso do direito e o ato ilícito* é de 1935. Aqui, cita-se a terceira edição (MARTINS, P., 1997), publicada já *post mortem*. Pedro Baptista Martins é tido como o “principal redator do Código de Processo Civil de 1939” (SIQUEIRA, 2017, p. 247), o que explica por que esse diploma foi o primeiro a consagrar legalmente a proibição do abuso, no Brasil (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 100-101).

²³⁵ “No hay derechos sin deberes, no hay derechos sin función social”.

²³⁶ Otavio Luiz Rodrigues Jr. (2012, p. 65) explica que essa relativização deu-se por duas vias: na Constituição mexicana, pela funcionalização social; na alemã, por limites impostos pela coletividade.

²³⁷ “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada [...]”.

²³⁸ “[...] Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste”.

Isso foi levado ao extremo pela URSS²³⁹⁻²⁴⁰, que, no art. 5º de seu Código Civil de 1922, dispôs que: “Os direitos civis são protegidos pela lei, exceto em instâncias em que forem exercidos em contradição com o seu propósito em uma sociedade socialista no período de construção do comunismo” (URSS, 1922, tradução nossa²⁴¹). Em razão de seu código, a URSS foi considerada um país de legislação funcional de abuso (JOSSE RAND, 1939, p. 279 et seq.; MARTINS, P., 1997, p. 63). Mais do que isso: a abordagem soviética é considerada por Josserand (1939, p. 294, tradução nossa²⁴²) como “a própria base da teoria do abuso”: o reconhecimento de “uma função social que não pode ser desviada pela vontade do titular”. Por Campion (1925, p. 254, tradução nossa²⁴³), a fórmula soviética é tida como “recomendável”. Adiante (Seção 2.4.2), o assunto será retomado, na análise dos potenciais reflexos sobre a teoria dos direitos fundamentais de uma tal concepção funcionalizante do Direito.

Visto retrospectivamente, o apelo à função econômica e social dos direitos aparece como fundamento para a doutrina do abuso porque: “Aquele que tem direitos frente aos demais integrantes da sociedade também tem deveres para com eles” (CUENTAS ORMACHEA, 1997, p. 468, tradução nossa²⁴⁴). Há uma linha temporal consistente de desenvolvimento da abordagem do desvio de finalidade como atribuição de deveres associados aos direitos: Wolfgang Siebert (1935, p. 208, tradução nossa²⁴⁵, grifo nosso)

²³⁹ Na URSS, não só os direitos, mas todo o Direito era “apenas um instrumento de realização de certos interesses econômicos (‘relações materiais de produção’) e políticos (‘vontade da classe dominante’) que se afirmem como (ou traduzam) a realidade social socialista num certo momento” — o Estado socialista soviético estava, portanto, em oposição ao Estado de Direito (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 8 [nota de rodapé 20]).

²⁴⁰ Havia também dispositivo semelhante (§ 15(2)) no Código Civil da República Democrática da Alemanha (a Alemanha Oriental): “O exercício de um direito é inadmissível se por meio dele se perseguem finalidades contrárias à disposição de Direito ou aos princípios da moral socialista [*Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn damit den Rechtsvorschriften oder den Grundsätzen der sozialistischen Moral widersprechende Ziele verfolgt werden.*]” (ALEMANHA, 1975, tradução nossa).

²⁴¹ “Civil rights are protected by law, except in instances in which they are exercised in contradiction to their purpose in a socialist society in the period of the building of communism”.

²⁴² “[...] chaque droit est considéré, surtout dans la conception soviétique, comme ayant une fonction sociale dont il ne saurait être détourné par la volonté du titulaire ; c’est cette fonction qui constitue les assises mêmes de la théorie de l’abus, et non plus seulement l’intention de nuire : l’édifice, élevé sur ces bases élargies, est autrement imposant que celui du droit germanique et, plus anciennement, celui du droit romain”.

²⁴³ “Le Code civil de la République russe des Soviets, entré en vigueur le 1er janvier 1923, contient au contraire à ce sujet une formule recommandable [...]. C’est la conception la plus large sous laquelle on puisse envisager la théorie étudiée”.

²⁴⁴ “El fundamento para reprimir el acto abusivo está en que ningún derecho es ilimitado, pues de ser así, no habría orden social posible. Aquel que tiene derechos frente a los demás integrantes de la sociedad, también tiene deberes para con ellos”.

²⁴⁵ “Hieraus folgt die für das Wesen der Rechte ganz grundsätzliche Erkenntnis, daß subjektives Recht und Pflicht nicht mehr nebeneinander oder gar einander gegenüberstehen, sondern daß die Pflicht in das Recht hineingenommen ist. so daß eine Verbindung von Recht und Pflicht erzielt wird, die in einer konkreten Gestaltung der Rechte ihren sichtbaren, lebensnahen und kraftvollen Ausdruck findet”.

sustentava, ainda na primeira metade do século passado, que: “O direito e o dever subjetivos não mais estão lado a lado ou mesmo em oposição uns aos outros, mas o *dever é incorporado ao direito*, de modo que se consegue uma *conexão entre direito e dever* [...] em uma formação concreta de direitos”; e Carlos Fernández Sessarego (1992, p. 34, tradução nossa²⁴⁶, grifo nosso), mais de sessenta anos depois, declarou que “*todo direito subjetivo é propriamente um direito-dever*”. No Brasil, Thamís Viveiros de Castro (2017, p. 52-54, grifo nosso) sustenta que a CRFB estabelece, pela função social (dentre outras maneiras), que em cada “instituto jurídico” há “*deveres ao lado de direitos*, de modo que *o exercício da liberdade privada não seja fim em si, mas instrumento de um propósito que transcende a vontade individual*, mas que certamente também lhe serve de proteção”.

Essa funcionalização-instrumentalização da liberdade suscita outra questão abordada por Thamís Castro (2017, p. 51-54): para ela, a “autonomia existencial”, ao contrário da patrimonial, “não admite limites internos [a seu ver: impostos por boa-fé, função social e ordem pública], eis que não é funcionalizada à realização de interesses alheios ao seu titular”. Isso porque “a função das situações existenciais é [exclusivamente] pessoal e seus limites devem ser apenas externos”. Um exemplo elucidativo dado pela autora é o da alienação parental: ela seria um “abuso do poder familiar”, decorrente da “violação do dever de cooperação” imposto pelos bons costumes. No entanto, mesmo que Castro (2017, p. 233-242) não houvesse dito expressamente que o não merecimento de proteção jurídica do ato alienador decorre do exercício “de maneira disfuncional” — e ela, na verdade, o diz explicitamente —, a abordagem do abuso como descumprimento da função social teria ficado clara no uso do discurso dos deveres associados aos direitos (ou, no caso, a um poder). I. é: ainda que com outra roupagem (de bons costumes, como se verá na Seção 1.3.2.3), a autora termina por reconhecer implicitamente a funcionalização dos direitos existenciais ao lado da explícita admissão de funcionalização dos direitos patrimoniais, com variação apenas do grau de prevalência da função metaindividual sobre a individual (o qual seria apenas residual nos direitos existenciais). A diferença entre as abordagens do desvio de finalidade e dos bons costumes não é, portanto, a ocorrência ou não de funcionalização dos direitos (ambas funcionalizam), mas a postura definitória ou sistematizadora (sobre isto, Seção 1.3.1.3).

Essa funcionalização jus-subjetiva por meio do reconhecimento de deveres

²⁴⁶ “[...] estimamos que todo derecho subjetivo es, de suyo, un derecho-deber, aunque en determinada variante de la situación jurídica sea más intensa la presencia del poder en relación con la del deber”.

associados teve um papel importante na mudança da própria concepção de direito subjetivo, incorporando-lhe sua “destinação social” (MARTINS, P., 1997, p. 171) — isso será mais profundamente explorado na Seção 2.1.1. Pierre-Emmanuel Moyse (2012a, p. 893-894, tradução nossa²⁴⁷) observa que, ao despertar a “obrigação” na concepção civilista de direito, reage-se à inflexibilidade da lei, dando-lhe “uma medida social, para torná-la menos definida e mais relativa”. Metodicamente, porém, isso pouco acrescenta. Seria diferente apenas se houvesse parâmetros de identificação do dever associado — e eles não existem, nas doutrinas civilistas finalistas de *abus*. Como bem colocado por Alfred Hueck (1947, p. 4, tradução nossa²⁴⁸), “mesmo uma Ciência Jurídica de finalidade e interesses não pode prescindir de conceitos claros e afiados se quiser continuar sendo uma ciência”. Sem isso, o que resta é uma apenas uma diretriz de interpretação integrada de direitos e deveres, “uma relíquia da Ciência Jurídica francesa, tendo actuado quando, sob o império de um exegetismo intenso, não era possível retirar das normas, que estabelecessem direitos, mais do que níveis permissivos imediatos” (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 1232). Muito pouco.

Para Menezes Cordeiro (2005), o recurso a uma “dimensão teleológica” das normas poderia, com mais transparência que a abordagem do abuso por desvio de finalidade, resolver o problema que se pretende combater. Isso não é correto. Trata-se, é verdade, de duas vias de aprimoramento da aplicação do Direito com objetivo idêntico: recortar alguns comportamentos hipotéticos do espectro de possibilidades de exercício de um direito concedidas pela interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo. A fala adiante, de autoria de François Geny (1899 apud CHARMONT, 1902, p. 423 [nota de rodapé 3], tradução nossa²⁴⁹) — famoso pelo pioneirismo de sua crítica ao exegetismo legal —, trata da interpretação teleológica, mas não causaria nenhum espanto se tratasse do abuso por desvio de finalidade²⁵⁰: “a verdadeira e justa medida dos direitos individuais só será

²⁴⁷ “*Dans l’idée que le civiliste se fait de la notion de droit, l’obligation semble dormante. La théorie de l’abus réagit à cette inflexibilité apparente du droit : par son ouvrage, elle veut redonner une mesure sociale au droit, le rendre moins défini et plus relatif*”.

²⁴⁸ “*Es ist höchste Zeit, daß wir uns von der Herrschaft der Phrase befreien, daß wir zu nüchternem, ehrlichem Denken, zu klaren und scharfen Begriffen zurückkehren. Selbstverständlich soll damit nicht eine Rückkehr zur Begriffsjurisprudenz vergangener Zeiten empfohlen werden. [...] Aber auch eine Zweck- und Interessenjurisprudenz kann scharfer und klarer Begriffe nicht entbehren, wenn anders sie Wissenschaft bleiben will, womit noch nichts über die Funktion der Begriffe gesagt ist*”.

²⁴⁹ “*Je suis, quant à moi, plutôt porté à croire que l’on ne découvrira la mesure juste et vraie des droits individuels, qu’en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celle des intérêts qu’ils contrarient*”.

²⁵⁰ François Geny é colocado por Loredana Tullio (2015, p. 16) em paralelo explícito com os autores das doutrinas de abuso de direito (e da Escola de Direito Livre).

descoberta examinando-se sua finalidade econômica e social”.

No entanto, abuso por desvio de finalidade e ‘interpretação teleológica’ funcionam de maneira totalmente distinta: o recorte excludente pode ser afirmado ou como descumprimento de um dever associado à potestade, reconhecido no caso concreto (abuso) ou como não inclusão do comportamento na *ratio* ‘em abstrato’ da norma (cânone teleológico de interpretação).

Martin Kriele (1967, p. 172-173, tradução nossa²⁵¹) observa que a utilização da ‘interpretação teleológica’ é, na verdade, apenas a pretensão de legitimidade metódica de acréscimo de um momento valorativo posterior e corretivo do momento de interpretação canônica lógica, sistemática etc. — mas isso pressupõe que o momento interpretativo canônico savignyano tenha sido privado de qualquer espécie de valoração: uma “ilusão de objetividade”. Essa ilusão apenas oculta as valorações ocorridas durante todo o processo canônico de interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo.

Além disso, como colocado por Tobias Leidner (2019, p. 152), o que geralmente se intitula ‘interpretação teleológica’ — um momento ‘puramente’ teleológico corretivo — já é, na verdade, uma conclusão tirada a partir de uma grande mistura de elementos extraídos do texto normativo da lei, da jurisprudência, dos materiais legislativos, da literatura e do sistema considerado de modo geral. A conclusão de que o texto normativo é pouco claro (ou que a letra ‘matou’ o espírito) é já o resultado (KRIELE, 1967, p. 224-225). Mais uma vez: não se pode admitir que esse modo de proceder seja mais “transparente” — como Menezes Cordeiro afirma ser — que o do discurso de abuso.

Contemplando dessa maneira a ‘interpretação teleológica’ (como exercente de função corretiva e como resultado de um processo compreensivo raramente explicitado pelo intérprete), Friedrich Müller (2013, p. 128, tradução nossa²⁵²) pondera, com razão,

²⁵¹ “Teils wird dieser Denkschritt als zur ‚teleologischen‘ Interpretation gehörig bezeichnet, teils wird die ‚teleologische Interpretation‘ durch andere Fragen gekennzeichnet (Zweck des Gesetzes, Grund des Gesetzes, Interessenwertung des Gesetzgebers, Absicht oder Geist des Gesetzes oder dergleichen): alsdann wird die Rücksicht auf den Wert des Ergebnisses als zusätzlicher Denkschritt angehängt, sei es als eine regelmäßig zu stellende Frage, sei es als Ausnahme. Immer ist dabei vorausgesetzt, daß auch ohne wertende Beurteilung irgendein Ergebnis mittels der vorangehenden Denkschritte hätte gefunden werden können, nur eben eines, das unter Umständen nicht gerecht erscheint und deshalb unter gewissen begrenzten Voraussetzungen korrigiert werden darf. Insofern hat dieses Denkschema die Objektivitätstäuschung, die dem Ideal der Interpretationsstufen zugrunde liegt, noch nicht durchbrochen. Weder die Bildung noch die Anwendung eines solchen Katalogs ist nämlich ohne ständige Rücksicht auf die Beurteilung des Ergebnisses möglich”.

²⁵² “‚Ratio‘, ‚telos‘, ‚Sinn und Zweck‘ sind in der Regel nicht mehr als eine Metapher für das, was als Resultat angestrebt wird. Mit solchen Zielbegriffen allein sind kontrollierbare Schritte der Entscheidungsfindung und Entscheidungsdarstellung nicht zu leisten”.

que todo o processo de ‘descoberta’ da *ratio*, do *telos*, do “sentido e objetivo” deve ser metodicamente exposto²⁵³, sendo seus elementos ligados diretamente ao texto normativo ou não. Ou seja: seguindo-se qualquer das duas vias de promoção do recorte excludente do espectro de possibilidades autorizadas pela interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo (abuso ou ‘interpretação teleológica’), não se prescinde de uma metódica²⁵⁴. Isto serve para mostrar que tanto um quanto outro caminho devem ser acompanhados de uma justificação prévia — seja dos deveres associados, seja das finalidades da norma —:

Desde o momento em que, da contemplação do dispositivo que institua o direito subjectivo, através de considerações funcionais teleológicas ou similares, se desprenda um limite interno a ter em conta, direito a direito e caso a caso, tudo redonda num problema de interpretação. [...] O fazer desembocar, de modo assumido ou escamoteado, o abuso do direito, num problema de interpretação, representa uma saída puramente formal para o problema: não se dá qualquer critério material para a resolução de questões. (MENEZES CORDEIRO, 2005, grifo nosso).

Essa justificação prévia não existe hoje (MOYSE, 2012b, p. 22; MATHIAS, 2013, p. 347), e não existia nas primeiras doutrinas civilistas do abuso: Josserand (1939, p. 311, tradução nossa²⁵⁵) limitou-se a observar que se exigia um “processo de investigação constante, uniforme e seguro” da “atmosfera social” da qual todos os direitos são impregnados (JOSSERAND, 1939, p. 314, tradução nossa²⁵⁶), pois seria “completamente impossível elaborar um catálogo *ne varietur* de diferentes direitos e seus espíritos respectivos” (JOSSERAND, 1939, p. 422, tradução nossa²⁵⁷). Sua solução seria a busca

²⁵³ Como Konrad Hesse (1998, p. 58 [mg. 57]) alerta, a interpretação supostamente ‘teleológica’ não pode ser apenas “uma carta branca” para o intérprete.

²⁵⁴ Para Martin Kriele (1967, p. 174-175, tradução nossa), se o reconhecimento da competência judicial de valoração é uma característica das teorias de interpretação jurídica contemporâneas, também o é o esforço para fazer recuar o máximo possível a “compulsão de valorarem-se os resultados” obtidos de maneira metódica (no original: “*Die gegenwärtigen Interpretationstheorien sind deshalb in der Regel durch die zwei Bestrebungen gekennzeichnet: einerseits, sich der Einsicht in die Unentbehrlichkeit der Ergebnisbeurteilung soweit wie unbedingt nötig zu öffnen, andererseits den Zwang zur Ergebnisbeurteilung soweit wie möglich zurückzudrängen. Die verschiedenen heute gängigen Theorien unterscheiden sich hauptsächlich durch verschiedene Ansichten darüber, wo und wie man diese beiden Bestrebungen abgrenzen und versöhnen kann*”). Ao contrário do que afirma Menezes Cordeiro, portanto, o recurso à ‘interpretação teleológica’ não confere mais transparência que o discurso de abuso; muito pelo contrário.

²⁵⁵ “[...] l’abus nous apparaît comme intimement lié à l’idée de destination des droits dont la compression, socialement indispensable, est assurée, non seulement par des limites concrètes tracées dans les instruments législatifs ou réglementaires, mais aussi par des frontières moins apparentes qui se déduisent de la fonction sociale des diverses prérogatives juridiques et cela au moyen d’un procédé d’investigation constant, uniforme et sûr : la recherche du motif légitime”.

²⁵⁶ “[...] le deuxième facteur prend le pas sur le premier : de plus en plus, les droits se réalisent d’accord et en sympathie étroite avec l’atmosphère sociale dont ils sont tout imprégnés [...]”.

²⁵⁷ “Non seulement sa tâche sera, dans une certaine mesure, d’ordre psychologique, mais encore elle ne sera jamais définitivement accomplie ; car il est de toute impossibilité de dresser un catalogue *ne varietur* des différents droits et de leurs esprits respectifs : prérogatives sociales, les droits sont mouvants comme le sont toutes institutions, comme l’est la société même dont ils sortent et pour laquelle ils se réalisent ; ce sont des organismes vivants qui naissent, se développent, se transforment, dépérissent et disparaissent”.

pelo “motivo legítimo”, que seria o “precipitado visível” do “critério abstrato” da destinação social (JOSSERAND, 1939, p. 400-415, tradução nossa²⁵⁸). Também Campion (1925, p. 417, tradução nossa²⁵⁹) sustentou que: “Se a sociedade protege um interesse particular e confere para esse fim um direito subjetivo, é porque considera essa proteção útil, até necessária”; mas que o interesse particular protegido pelo direito subjetivo “deve e pode ser protegido apenas se for socialmente útil”. Contudo, como identificar o que é ‘socialmente útil’? “A medida certa e verdadeira dos direitos individuais será descoberta apenas comparando sua importância econômica e social com a dos interesses aos quais eles se opõem” (CAMPION, 1925, p. 302-303, tradução nossa²⁶⁰).

Já no início do século XX, René Demogue criticava a falta de avanço metódico dessa abordagem:

A teoria do abuso tem sido criticada pela variedade e imprecisão de suas fórmulas. Fala-se da intenção de prejudicar, que deve ser abandonada por ser de alcance muito geral, fala-se então de falta de interesse, mas essa fórmula pareceria muito ampla porque qualquer pessoa pode invocar um interesse, uma conveniência pessoal. Finalmente, tentar-se-ia falar de *motivo legítimo*, *não havendo nada mais vago*, além de a legitimidade poder variar com o tempo. Haveria então uma evolução em um sentido restritivo sem se chegar a nada de satisfatório. (DEMOGUE, 1923, p. 371-372, tradução nossa²⁶¹, grifo nosso).

Como bem observado por Philippe Durand (2003, p. 379), a prática mostra que, quando se fala de transgressão do ‘espírito’ do direito, apenas alguns ‘espiritualistas’ parecem poder identificá-lo. Porém, isso gera a desconfiança de que eles não identificam espírito nenhum²⁶², mas apenas criam-no arbitrariamente.

²⁵⁸ “[...] l’acte sera normal ou abusif selon qu’il s’expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l’abus des droits et comme son précipité visible [...]. L’esprit des droits nous est apparu, en dernière analyse, comme le critère même de l’abus, critère abstrait qui vient prendre corps et se cristalliser dans la notion du motif légitime [...]”.

²⁵⁹ “Si la société protège un intérêt particulier et confère à cet effet un droit subjectif, c’est qu’elle estime cette protection utile, voire nécessaire”.

²⁶⁰ “Étant acquis ‘que l’on ne découvrira la mesure juste et vraie des droits individuels qu’en comparant leur importance économique et sociale à celle des intérêts qu’ils contrarient’ [François Geny], il nous reste à démontrer que tous les autres critères proposés ne sont que des moyens d’une efficacité variable, permettant de révéler la rupture de l’équilibre des intérêts en présence”.

²⁶¹ “On a reproché à la théorie de l’abus la variété et l’imprécision de ses formules. Parlant de l’intention de nuire qu’on doit abandonner par ce qu’elle est de portée trop générale, elle parlerait ensuite de défaut d’intérêt, mais cette formule a paru trop large, car toute personne peut invoquer un intérêt, une convenance personnelle. Enfin, on aurait essayé de parler de motif légitime, alors que rien n’est plus vague et que la légitimité peut varier avec les époques. Il y aurait donc eu une évolution dans un sens restrictif sans arriver à rien de satisfaisant”.

²⁶² Já assim não é quanto ao ‘espírito’ de Josef Esser (1961, p. 289, tradução nossa): “O ‘espírito’ são os princípios de um mundo jurídico formado pelo poder legislativo, a judicatura e a doutrina, que nos apresenta como um ordenamento jurídico nacional e fechado [El ‘espíritu’ son los principios de un mundo jurídico formado por el poder legislativo, la judicatura y la doctrina, que se nos presenta como un ordenamiento jurídico nacional y cerrado]”.

Como se verá na Seção 1.3.1.2.2, a abordagem de desvio de finalidade exerceu uma influência considerável na Alemanha, onde, por intermédio de Wolfgang Siebert, o abuso de direito (doutrina de *Rechtsmißbrauch*) foi peça-chave na moldagem de todo o Direito de acordo com a ideologia nazista. Josserand concebera sua abordagem como autorização para o recurso à moral como mecanismo de correção do Direito²⁶³ (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 415-417; CARPENA, 2001, p. 54), e Siebert seguiu-o, apenas especificando que essa moral era a nazista.

O grande problema é que, como Moyse (2012a, p. 893-894) observa, o dever associado (ou a finalidade) do direito, no discurso de abuso, deve ser ‘descoberto’ não pelo legislador, mas pelos tribunais. Como, porém, controlar a atribuição (metajurídica) de finalidade a um direito, pelo juiz? Como bem observado por Giorgio Pino (2006, p. 29, tradução nossa²⁶⁴), a função social é, sob o ponto de vista da metódica jurídica, um “critério vazio”. A falta de parâmetros de definição da finalidade — da qual decorre a impossibilidade de controle do juiz — é, portanto, a questão mais sensível desta abordagem.

Por exemplo: na decisão proferida na Apelação 9230953-05.2003.8.26.0000 (994.03.031898-5) (31 ago. 2010), o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) julgou ter ocorrido abuso da liberdade de imprensa porque “*o objetivo de noticiar é informar*” (SÃO PAULO (Estado), 2010d, grifo nosso); no acórdão no REsp 1473393 (4 out. 2016, rel. Min. Luís Felipe Salomão), o STJ considerou que “*o direito de comunicação está atrelado ao dever da imprensa de informar a plenitude e com o máximo de fidedignidade*, em razão, inclusive, de sua função social na atual sociedade de massa” (BRASIL, 2016q, grifo nosso). A confrontação desses dois julgamentos é proveitosa, porque demonstra de pronto como os dois discursos (da finalidade e do dever associado) podem funcionar da mesma maneira: aqui, ambos concluíram haver, associado ao direito de liberdade de imprensa, um dever de informação. Como, porém, chegou-se a essa conclusão? Por o processo de descoberta não ser metodicamente descrito — as Cortes limitam-se a enunciar a ‘posição’ que ocultamente definiram —, também não é possível

²⁶³ O próprio Louis Josserand (1939, p. 106, tradução nossa) define a proibição do abuso como o “grande princípio moralizador [*le grand principe moralisateur de l'abus des droits*]” do Direito. Virgilio Giorgianni (1963, p. 198, tradução nossa) traduz essa ideia da seguinte forma: “a consideração do fim para o qual um certo direito é reconhecido releva de um ponto de vista essencialmente metajurídico [*la considerazione del fine per cui un certo diritto è riconosciuto rileva di un punto di vista essenzialmente metagiuridico*]”. No Brasil, Thamís Viveiros de Castro (2017, p. 172) observa corretamente que isso abre a interpretação a “razões de ordem extrajurídicas”.

²⁶⁴ “*criterio vuoto*”.

saber.

O abuso como desvio de finalidade coloca-se, assim, como ‘atalho’ justificatório (indevido, porque não dogmaticamente sustentado, como se viu na Seção 1.2.3) para uma abordagem definitória incontrolável do Direito. Utilizada sem uma profunda justificação, a abordagem finalista-definitória “silencia um direito sem a necessidade de fornecer uma explicação que não seja a que sustenta a caracterização do abuso, sem a necessidade de oferecer qualquer *standard* de comportamento em troca” (MOYSE, 2012b, p. 4, tradução nossa²⁶⁵) — ou, ao menos, sem oferecer um *standard* de comportamento justificado. Assim, esta abordagem não só não acresce racionalidade à decisão, como elimina-a. Esse é o motivo da crítica severa de Friedrich Müller (1969, p. 28-29, tradução nossa²⁶⁶): “A fórmula do abuso torna-se incontrolável sob o ponto de vista do Estado de Direito, porque não pode ser racionalizada”.

A doutrina civilista contemporânea, no entanto, continua utilizando-a, como se ela não suscitasse nenhum problema de controle das decisões judiciais, sob a perspectiva do Estado de Direito: Carlos Fernández Sessarego (1992, p. 30, tradução nossa²⁶⁷, grifo nosso), por exemplo, com sua concepção de abordagem finalista, sustenta que o juiz, para “apreciar objetivamente” o abuso, deverá “conhecer a estrutura econômico-social de cada direito, ter uma *especial capacidad para definir la finalidad de cada derecho*, o papel que assume na normatização das relações sociais”. É um convite à arbitrariedade.

1.3.1.2.2 *Abordagem da violação à moral dominante*

Um caso citado por Christoph Knödler (2000, p. 109) pode ser dado como exemplo da percepção de que a abordagem do desvio de finalidade é naturalmente moral: o julgamento, pelo Tribunal Social Federal da Alemanha (*Bundessozialgericht* — BSG), do 7 RAr 103/57 (25 abr. 1958). Segundo a Corte: “De acordo com [...] a doutrina do abuso de direito, há o *dever de exercer-se o direito de maneira socialmente apropriada. O conteúdo de cada direito é determinado por sua função ética e social [...]*” (ALEMANHA,

²⁶⁵ “L’abus fait taire un droit sans qu’il soit nécessaire de fournir une explication autre que celle qui assied la caractérisation de l’abus, sans qu’il soit nécessaire d’offrir en retour un quelconque standard de comportement”.

²⁶⁶ “Damit wird die Eigenständigkeit der Grundrechtsgarantien übersehen. Die Mißbrauchsformel wird zum rechtsstaatlich unkontrollierbaren, weil nicht rationalisierbaren Einlaß für Wertungen verschiedenster Art, die ohne Rücksicht auf den besonderen Geltungsgehalt jeder Einzelgarantie verallgemeinert werden”.

²⁶⁷ “En efecto, el juez deberá apreciar objetivamente si el titular, en el ejercicio de su derecho, ha contrariado la finalidad socioeconómica del mismo. Debe, por ello, conocer la estructura económico-social de cada derecho, tener una especial capacidad para definir la finalidad de cada derecho, el papel que asume en la normación de las relaciones sociales”.

1958b, p. 9, tradução nossa²⁶⁸, grifo nosso).

Essa associação aberta entre função do direito e moral dominante é uma abordagem bastante prestigiada na literatura estrangeira²⁶⁹. Na brasileira, isso fica claro, por exemplo, em Alvino Lima (1956, p. 26), para quem aquele “que age, obedecendo apenas aos limites objetivos da lei, mas que no exercício do direito, que lhe confere o preceito legal, viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, da sua destinação [...] abusa de seu direito”. É uma clara inspiração em Louis Josserand (GIORGIANNI, 1963, p. 100-101 [nota de rodapé 62]). Assim como Josserand e Lucien Campion, ele vê no art. 5º do Código Civil da URSS, de extrema funcionalização, a “mais ampla e mais precisa fórmula da teoria do abuso de direito” (LIMA, 1956, p. 45). Lima (1956, p. 31, grifo nosso) conclui que o abuso é resultado da evolução de um “absolutismo intransigente [...] para um absolutismo temperado, crítico, sensível às *solicitações de ordem moral* e social”. Já Rui Stoco (2002, p. 59, grifo nosso) vê na noção de abuso o desbordamento da “limitação ética”, porque a “lei permissiva” não pode ser usada para “obter *fim ilegítimo ou não permitido pelo consenso social*”, e o direito subjetivo deve ser usado “apenas para satisfação de

²⁶⁸ “Nach der von der Wissenschaft auf Grund der §§ 138, 157, 226, 242, 826 BGB entwickelten Lehre vom Rechtsmißbrauch besteht eine Pflicht zu sozial angemessener Rechtsausübung. Der Inhalt jeden Rechts ist durch seine rechtsethische und soziale Funktion bestimmt und begrenzt”.

²⁶⁹ Lino Rodriguez-Arias (1971, p. 133, tradução nossa) vê no abuso “uma infração do dever moral” que condiciona o exercício do direito (no original: “*Hasta para saber si un acto jurídico es antisocial, es menester atender a la moral que predomine en la sociedad política a que nos referimos. [...] La intención que le hace culpable, radica en que hay una infracción del deber moral que es declarado contrario a derecho*”). Luis Andorno (1982, p. 15), em sua análise da doutrina do abuso na Argentina, vê o comportamento abusivo como ilícito, por ser violador da moral — traduzida em critérios “extraídos da realidade social [...] tendo em conta o espírito de cada instituição” (no original: “[...] *el referido standard del abuso del derecho es una regla flexible, empírica, que implica un juicio de valor sobre la desviación del derecho con respeto a su fin. Pero ese juicio de valor será sobre la base de criterios objetivos extraídos de la realidad social y teniendo en cuenta el espíritu de cada institución*”) (ANDORNO, 1982, p. 30, tradução nossa). Seria, assim, o “triumfo da ética” (no original: “*La teoría del denominado ‘ejercicio abusivo de los derechos’ constituye sin lugar a dudas el triunfo de la ética en el campo jurídico*”) (ANDORNO, 1982, p. 15, tradução nossa). Carlos Fernández Sessarego (1992, p. 34, tradução nossa), como já destacado, adota uma abordagem claramente finalista, ao ponto de sustentar que “todo direito subjetivo é propriamente um direito-dever” (no original: “*estimamos que todo derecho subjetivo es, de suyo, un derecho-deber, aunque en determinada variante de la situación jurídica sea más intensa la presencia del poder en relación con la del deber*”). Conclui, categoricamente, que o antissocial é o imoral, portanto o abuso é imoralidade (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 9). Pierre-Emmanuel Moyse (2012a, p. 898, tradução nossa), que entende que a “ideia de abuso de direito se refere à ideia de finalidade do direito [L’idée de l’abus de droit renvoie à celle de finalité du droit]”, e que a “essência da teoria [...] está na ideia da função dos direitos” (no original: “*Naturellement, on ne saurait réduire l’abus à une théorie de l’intention ou de la bonne foi. Nous l’avons démontré, l’essentiel de la théorie est ailleurs. Elle est dans l’idée de fonction des droits, elle est un principe de législation*”) (MOYSE, 2012b, p. 31, tradução nossa), conclui que a própria “ideia de função no direito — por mais difusa que seja —, [...] está ganhando terreno e sinalizando o retorno do discurso moral do direito” (no original: “*Non pas qu’il faille revenir à un dirigisme étatique ou à une planification sociale, mais il semble que l’idée de fonction dans le droit — aussi diffuse soit-elle — que l’on retrouve dans la théorie de l’abus, mais aussi dans d’autres lieux modernes tel le droit de l’environnement ou encore les discussions sur la responsabilité sociale, gagne du terrain et signale le retour du discours moral du droit*”) (MOYSE, 2012b, p. 59, tradução nossa).

interesse próprio ou defesa de prerrogativa que lhe foi assegurada”. Isso deixa claro que a moral a que se refere esta abordagem do abuso é a *dominante*, não uma ‘moral social’ de *mínimos* éticos. Exemplos não faltam, na literatura brasileira²⁷⁰.

A admissão dessa “limitação dos direitos positivos pela intervenção da lei moral” (CARVALHO NETO, 2015, p. 66), decorrente da vinculação entre “a ordem formal da qual derivam os direitos individuais realizáveis, ou seja, a lei estatal ou estática, com a ordem moral ou filosófica, ou seja, a lei em sua projeção ideal e complexidade ontológica” (MOYSE, 2012a, p. 862, tradução nossa²⁷¹) tem, portanto, seriíssimas implicações.

Uma das consequências mais preocupantes desse moralismo da tradição francesa do *abus*²⁷² é a tendência de sobrecarregar o titular do direito com deveres associados. Para

²⁷⁰ Ainda na literatura brasileira, Paulo Dourado de Gusmão (2006 [1948], 246-247) sintetiza que, por combater a ‘função antissocial’, “a própria teoria do abuso não pode ser entendida fora da moral”. Também San Tiago Dantas (1972, p. 100-101), que entende ser abusivo o exercício “contra a finalidade que a lei teve em mira” quando concedeu o direito subjetivo, enxerga na vedação ao abuso “um instrumento interpretativo [...] [para] corrigir a iniquidade”. José Olímpio de Castro Filho (1960, p. 21-24) também vai direto ao ponto, ao caracterizar como abusivo o comportamento praticado “de forma contrária à finalidade social”, porque “excede os limites impostos [...] [pelas] normas éticas”. Isso se daria por meio da associação de deveres aos direitos: por exemplo, o abuso do direito ao ajuizamento de demandas e do direito de contestar seria um descumprimento da “obrigação [...] de não molestar outrem com o processo”. Com esse mecanismo, a teoria do abuso serviria para eliminar o “desvio do direito”, fazendo-o retornar aos “limites do justo e razoável”. Por fim, Assad Yassim (2010, p. 5) conclui que “o critério do abuso de direito é a um só tempo, social e teleológico. [...] Sendo a noção de justo, sobretudo, moral, é no elemento moral que repousam as raízes da teoria do abuso de direito”.

²⁷¹ “*L’abus informe le juriste sur la conformité de l’usage d’un droit — un droit revendiqué et donc opposé à d’autres, au droit. Il fait le lien entre l’ordre formel dont découlent les droits individuels réalisables, c’est-à-dire le droit étatique ou statique, et l’ordre moral ou philosophique, c’est-à-dire le droit dans sa projection idéale et sa complexité ontologique*”.

²⁷² Essa abordagem moralista não é, no entanto, exclusiva da tradição francesa do *abus*. As abordagens da tradição alemã de *Rechtsmissbrauch* (inclusive de ‘abuso institucional’) têm traços marcadamente semelhantes — e nitidamente recepcionados — aos da tradição francesa. Além disso, como será visto na Seção 1.3.2.3, parcela considerável da doutrina vê uma ‘raiz moral’ também nos bons costumes; mas essa concepção moralista-definitória dos bons costumes não é a única possível nem a mais adequada, sendo preferível, por razões dogmáticas, a concepção sistematizadora (nos mesmos moldes do realizado pela dogmática alemã em relação à boa-fé). Por fim, também há os que concebem a abordagem da boa-fé objetiva (da tradição alemã) como moralista-definitória. Por exemplo, Fernandez Sessarego (1992, p. 180, tradução nossa) sustenta que a “moral social” “se expressa através dos princípios da boa-fé e dos bons costumes” (no original: “*En cualquier caso, la moral social es el criterio básico que se debe tener en cuenta por el intérprete en la aplicación de la norma que prohíbe el acto abusivo. Moral social que se traduce jurídicamente en el valor solidaridad y se expresa a través de los principios de la buena fe y las buenas costumbres*”). Hans-Ulrich Gallwas (1967, p. 12-13), em sua análise das doutrinas civilistas, cita Wolfgang Siebert para concluir que o abuso pode decorrer da violação tanto do princípio [*Prinzip*] de que direitos não podem ser concedidos para serem exercidos contra seus propósitos e contra suas funções, quanto das máximas [*Grundsätzen*] da boa-fé e dos bons costumes. Essas máximas, de base civilista, seriam recepcionáveis no domínio dos direitos fundamentais porque a moral, por força do art. 2(1), da Lei Fundamental alemã, aplica-se também às relações de direitos fundamentais (GALLWAS, 1967, p. 28). Menezes Cordeiro (1983, p. 441-442) é certo na sua objeção a essa concepção ética de boa-fé: considera-a “fórmula vazia”, porque se limita a dizer “que não está em causa, tão só, o estado de conhecimento do sujeito, mas, também, a sua actuação”, contudo não propõe critérios materiais de aferição da licitude (as “bitolas em jogo”). Isso é muito perigoso. Tanja Rudnik (2019, p. 84, tradução nossa) lembra que a decisão do *Reichsgericht* que, com fundamento no § 242 do BGB, considerou que um empresário alemão não precisaria cumprir obrigações contratuais com um ex-empregado judeu foi saudada à época como correta,

Fernandez Sessarego (1992, p. 11), por exemplo, subjaz à concepção moralista do abuso (à *sua* concepção moralista do Direito) o “valor solidariedade”, o qual “se traduz mais intensamente através dos deveres do que dos direitos” (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 144, tradução nossa²⁷³), especialmente do “dever genérico” de não causar dano a interesse existencial alheio (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 4-5), e cuja violação enseja a qualificação de abuso (FERNANDEZ SESSAREGO, 1992, p. 34-35). O quanto esses deveres que a moral dominante (não mínima) associa aos direitos podem desnaturá-los é questão que será debatida na Seção 2.1.2.

As doutrinas do abuso dos direitos fundamentais percebem (e preocupam-se com) essa natureza abertamente moralista desdobrada a partir da abordagem originária do desvio de finalidade: para Antonio Rovira Viñas (1980, p. 251, tradução nossa²⁷⁴), a noção civilista de abuso, estendida à teoria dos direitos fundamentais, diria respeito a “uma atuação moralmente reprovável”, introduzindo “critérios éticos” para solução de conflitos (ROVIRA VIÑAS, 1980, p. 221, tradução nossa²⁷⁵). Mas toda a ideia de fundamentalidade de um direito fundamental é exatamente a de colocá-lo como trunfo contra a maioria (inclusive sobre as concepções morais da maioria): se todo comportamento que contraria a moral dominante é ilícito (porque é abusivo, mesmo que texto normativo não o proíba), então não há espaço para falar-se de direitos fundamentais.

Releva destacar que, muito embora o reconhecimento do papel criativo do Direito exercido pelos juízes seja um pressuposto das doutrinas do abuso (Seção 1.1.3.2), julgamentos de abuso com abordagem moral não se transformam, como que por mágica, em normas jurídicas. Isso é o que parece sugerir Jean Dabin (1955, p. 373, tradução nossa²⁷⁶) ao afirmar que o abuso, logo que reprimido pelo juiz, “adquire uma significação jurídica positiva. [...] a moral se ‘juridiciza’”. Ao contrário do sustentado por Dabin, no Estado de Direito, juízes não podem criar o Direito a partir exclusivamente da moral

porque “o Tribunal determinou o conteúdo da boa-fé de uma maneira puramente metódica (!) [*Rüthers weist zutreffend daraufhin, dass das Gericht hier rein methodisch (!) einwandfrei den Inhalt von Treu und Glauben bestimmt bzw. ein allgemeines Rechtsprinzip aus gesetzlichen Wertungen hergeleitet hat*]”.

²⁷³ “No puede perderse de vista que la solidaridad se traduce más intensamente a través de los deberes que de los derechos”.

²⁷⁴ “[...] la diferencia fundamental reside en que mientras el abuso se basa en una actuación moralmente reprochable ‘le détournement de pouvoir’ se basa en una actuación ilegal [...]”.

²⁷⁵ “[...] la figura del abuso al igual que en la Edad Media, mediante la figura de la emulación, introduce criterios éticos para la solución de los conflictos, en un principio individuales”.

²⁷⁶ “[...] en cuanto el abuso, así definido como inmoralidad, es reprimido por el juez, adquiere una significación jurídica positiva. Al mismo tiempo que el derecho se moraliza, la moral se ‘juridiciza’: la penetración es recíproca”.

dominante, por dois motivos: primeiro, porque, em uma sociedade pluralista, os direitos não podem ficar condicionados à adequação às cosmovisões das maiorias; segundo, porque uma decisão fundamentada em uma valoração exclusivamente pessoal não pode ser universalizada: outros juízes valorarão de maneira distinta (PINO, 2006, p. 26). Isso é diferente quando se considera uma ‘moral social’ — aí, porém, já se entra no modo de ‘descoberta’ dessa moral de natureza distinta, por meio de parâmetros objetivos.

Por fim, merece consideração a abordagem do abuso de Dabin, de base declaradamente moralista: diferentemente de todas as doutrinas anteriormente citadas nesta subseção — que introduzem a moral dominante apenas como parâmetro para identificação do desvio de finalidade/descumprimento da função social —, para Dabin (1955, p. 363 et. seq., tradução nossa²⁷⁷), o “critério verdadeiro do abuso” é o uso socialmente imoral. Dabin tem a percepção de que “o uso dos direitos não está ligado a *nenhum fim* a respeito do qual estivessem ordenados como instrumentos e seu titular como simples funcionário: neste sentido, a ideia de relatividade dos direitos é falsa”. Seriam abusivos não os desvios de finalidade, mas as “faltas morais” — comportamentos violadores dos “deveres morais [...] que existem não obstante e acima da legalidade” (DABIN, 1955, p. 367, tradução nossa²⁷⁸).

Há duas ordens de problemas na abordagem moralista do abuso. O primeiro é essa ‘confrontação’ entre planos jurídico e moral, uma vez que isso suscita a questão de saber a utilidade de uma ordem jurídica, se qualquer comportamento violador da moral (o senso de ‘justiça’, inclusive) deve ser tido como ilícito (por abusivo). Foi essa perplexidade que levou à enunciação da Fórmula de Radbruch (injustiça ‘insustentável’ não é Direito), que, se adotada, condiciona o abuso à constatação da ‘insustentabilidade’ — i. é: apenas se adia a investigação sobre os parâmetros (não mais de injustiça, mas agora de injustiça ‘insustentável’), que não são nunca apresentados.

O segundo problema é a notória dificuldade de oferecerem-se parâmetros metódicos de identificação do abuso: Thierry Léonard (2004, p. 808) observa acertadamente que as regras de moralidade não dão uma ideia precisa dos deveres impostos ao titular do direito.

²⁷⁷ “[...] el uso de los derechos no está ligado a ningún fin respecto al cual estuvieran ordenados como instrumentos y su titular como simple funcionario: en este sentido, la idea de relatividad de los derechos es falsa; legalmente, el titular del derecho lo ejerce de modo discrecional en principio”.

²⁷⁸ “Para que aparezca el abuso no bastará, por tanto, que el acto de uso engendradora de un mal para otro merezca reproche por cualquier título. Será preciso además que sea reproachable a título de falta moral, por faltar a deberes morales de justicia, de equidad, de humanidad, que existen no obstante y por encima de la legalidad”.

Isso fica muito claro ao analisar-se, por exemplo, a decisão proferida pela 4ª Turma do STJ, no Agravo interno (AgInt) no REsp 1586380 (11 jun. 2019, rel. Min. Luís Felipe Salomão): “não é tolerável o abuso, estando a *liberdade de expressar-se limitada à condicionante ética do respeito ao próximo* e aos direitos da personalidade” (BRASIL, 2019r, grifo nosso). Por esta abordagem definitiva, o que essa “condicionante ética de respeito ao próximo” impõe concretamente em cada exercício é algo que só pode ser ‘descoberto’ livre e incontrolavelmente pelo juiz.

A maioria dos autores moralistas satisfaz-se em pressupor uma definição possível da ‘finalidade do direito’ — como se a ‘descoberta’ dessa definição não envolvesse diversas questões metódicas e dogmáticas, sob o Estado de Direito —, e os poucos que se esforçam em oferecer parâmetros têm muita dificuldade de fazê-lo — como é o caso de Fernandez Sessarego (1992, p. 27) (justiça, segurança e solidariedade), Dabin (1955, p. 375) (justiça, equidade e humanidade), e Stoco (2002, p. 59) (consenso social).

O exemplo dado por Dabin (1955, p. 375), de abuso por violação do “dever moral de justiça”, é bastante esclarecedor: a negativa de empregar trabalhador sindicalizado seria uma “verdadeira injustiça”, porque “é um atentado contra a liberdade sindical”. Não há nem mesmo um fio a partir do qual se possa encontrar alguma racionalidade nesse juízo — seja na definição de injustiça como atentado à liberdade, seja na qualificação da não contratação como violadora da liberdade sindical.

Há, ainda, quando se trata da identificação de uma moral dominante, um problema lógico. Virgilio Giorgianni (1963, p. 93) conclui, com acerto, que os padrões morais são variáveis dentro de uma mesma sociedade, e não há critério para identificar, por exemplo, uma “*moralle des honnêtes gens*”²⁷⁹ que não pressuponha já uma definição prévia consensual de quem são “*les honnêtes gens*” — e essa não existe, ou ao menos nada tem de consensual. Acusação semelhante de *petitio principii* é apresentada no *Staudinger Kommentar*, contra a ‘fórmula de decência’, por meio da qual se tentou (e fracassou) estabelecer uma abordagem definitiva moralista de bons costumes (da qual se tratará na Seção 1.3.2.3): esta

só pode depender do senso de decência ou da opinião daqueles que pensam de forma justa e equitativa no caso concreto singular [...]. Para poder determinar este grupo de pessoas, no entanto, é preciso já saber o que é justo e equitativo no caso concreto singular. Quem quer que saiba disso, porém, sabe também o que está de acordo com os bons costumes no caso concreto, de modo que um questionamento daqueles que

²⁷⁹ Em francês, no texto original em italiano.

pensam de modo justo e equitativo no caso concreto singular é desnecessário. (FISCHINGER, 2021 [§ 138, mg. 59], tradução nossa²⁸⁰).

O rechaço a essa abordagem moralista do abuso (i. é: à abordagem definitiva dos direitos com justificação n‘a’ moral ou na moral dominante não juridicamente positivadas²⁸¹) é muito bem sintetizado por António Menezes Cordeiro (1983, p. 1173): “Onde o Direito dê menos amparo, só por utopia se procurará, fora dele, uma directiva”²⁸². Especialmente a moral dominante, neste contexto — e ante a inexistência de uma métrica para identificá-la à luz das Ciências Sociais, menos ainda em sociedades heterogêneas e pluralistas —, serve apenas como fachada de legitimidade à aplicação d‘a’ moral do juiz²⁸³ (PINO, 2006, p. 28). Os reflexos específicos da eventual adoção, pela teoria dos direitos fundamentais, de uma abordagem moralista do abuso serão discutidos na Seção 2.4.1.2.

Se fosse possível apenas uma abordagem moralista do abuso de direito, esta tese não teria nenhuma perspectiva de ser bem-sucedida: o juiz aplicaria ‘a’ moral (definindo a finalidade do direito ou identificando injustiças não juridicamente positivadas no caso concreto), e a decisão seria juridicamente incontrolável. Felizmente, e muito graças à tradição alemã de *unzulässige Rechtsausübung* (Seção 1.3.2), o discurso do abuso pode ser racionalizado, ao ponto de permitir-se a crítica dogmática à racionalidade das decisões judiciais que o adotam.

1.3.1.2.3 *Recepção na Alemanha da abordagem de desvio de finalidade, por Wolfgang Siebert (Rechtsmißbrauch), e sua evolução para a doutrina do abuso institucional (Institutioneller Rechtsmißbrauch)*

Nesta tese, será adotada uma diferença significativa entre o termo *Rechtsmißbrauch* (ou *Rechtsmissbrauch*) (‘abuso de[o] direito’) e a expressão *unzulässige Rechtsausübung*

²⁸⁰ “Deshalb kann es nur auf das Anstandsgefühl bzw die Ansicht derer ankommen, die im konkreten Einzelfall gerecht und billig denken [...]. Um diesen Personenkreis feststellen zu können, muss man allerdings bereits wissen, was im konkreten Einzelfall gerecht und billig ist. Wer jedoch dies weiß, der weiß auch, was im konkreten Fall den guten Sitten entspricht, sodass sich eine Befragung der im konkreten Einzelfall billig und gerecht Denkenden erübrigt”.

²⁸¹ Como Giorgio Pino (2006, p. 25) observa, a consideração é diferente caso se construa uma “moralidade interna” ao Direito — o que é feito geralmente, na cultura alemã, sob o título de ‘moral social’.

²⁸² No mesmo sentido: CANARIS, 1983, p. 116.

²⁸³ A posição é compartilhada com Cristoph Knödler (2000, p. 231, tradução nossa): “tendo em vista a ampla normatização de todos os âmbitos da vida e a reserva de lei, é necessário exigir-se que os respectivos valores tenham sido incorporados a uma normatização jurídica, para que a lei moral seja amplamente coberta pela ordem constitucional” (no original: “Das Sittengesetz als ,Gegenwert, an dem jede Grundrechtsverwirklichung endet‘ kann i.S. allgemein anerkannter Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft verstanden werden, die sogar über die zivilrechtlichen Generalklauseln zur Auslegung und Gültigkeit von Verträgen hinausreichen. Allerdings ist angesichts der weitgehenden Normierung aller Lebensbereiche und des Vorbehalts des Gesetzes zu fordern, daß die jeweiligen Wertvorstellungen in einer rechtlichen Normierung Eingang gefunden haben, so daß das Sittengesetz weitgehend von der verfassungsmäßigen Ordnung erfaßt wird”).

(‘exercício inadmissível do direito’), esta última tipicamente denotadora de uma tradição alemã própria do abuso. Trata-se de uma distinção em alta medida arbitrária, que tem finalidade apenas didática: pretende-se marcar a diferença entre as doutrinas que se desenvolvem em torno da ideia norteadora de finalidade dos direitos e aquelas formuladoras de grupos de casos.

Os títulos dos dois principais trabalhos da primeira fase de Wolfgang Siebert (Siebert I²⁸⁴) — o grande expoente deste feixe de doutrinas — parecem usar ambigualmente o termo e a expressão: *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung* (1933) e *Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs* (1934). Siebert, de quem se tratará com bastante atenção nesta subseção, não fixa um uso de *Rechtsmissbrauch*, em detrimento de *unzulässige Rechtsausübung*²⁸⁵. Ainda assim, o termo *Rechtsmissbrauch* tende a oferecer-se a uma consideração generalizante, muito mais adequada às doutrinas que se desenvolveram na linha de Siebert: por exemplo, fala-se em *Mißbrauchsvorbehalt*²⁸⁶ (‘reserva de abuso’) — uma “proibição geral não escrita suprapositiva de abuso” aplicável a todos os direitos²⁸⁷ (KNÖDLER, 2000, tradução nossa²⁸⁸) —, o que é impensável na tradição sistematizadora por grupo de casos de *unzulässige Rechtsausübung*.

A isso, soma-se a sua origem histórica: Siebert inspira-se fortemente na doutrina de *abus de droit* de Louis Josserand, e o termo *Rechtsmissbrauch* oferece-se como tradução

²⁸⁴ Em uma segunda fase (Siebert II), após a queda do nazismo, Wolfgang Siebert muda radicalmente sua abordagem, sendo pioneiro na formulação dogmática de grupos de casos.

²⁸⁵ No texto de Wolfgang Siebert, é frequente a utilização de *Rechtsmissbrauch* e *unzulässige Rechtsausübung* como intercambiáveis, em uma mesma frase, como em: “exercício inadmissível do direito é, assim, apenas o exercício aparente do direito, na realidade, ação sem direito, e o abuso de direito não é um fundamento para a paralisação do direito, mas sim a extrapolação do direito [*unzulässige Rechtsausübung ist also nur scheinbare Rechtsausübung, in Wahrheit Handeln ohne Recht, und Rechtsmissbrauch ist nicht etwa Rechtsendigungsgrund, sondern Rechts Überschreitung*]” (SIEBERT, 1934, p. 999, tradução nossa).

²⁸⁶ Claus-Wilhelm Canaris (1992, p. 379, tradução nossa) fala em “reserva geral de abuso [*allgemeinen Rechtsmissbrauchsvorbehalts*]”. Claudia Schubert (2019 [§ 242, mg. 72]) e Lorenz Kähler (2022 [§ 242, mg. 1080]) em “*Missbrauchsvorbehalt*”. O próprio Hans-Ulrich Gallwas (1967, p. 19, tradução nossa), pioneiro nas doutrinas de abuso de direitos fundamentais, vê o abuso civilista como uma “reserva geral”, identificando problemas na tentativa de colocação dos direitos fundamentais sob tal reserva (no original: “*Der Versuch, auch die Grundrechte unter den allgemeinen Mißbrauchsvorbehalt zu stellen, hat sich mit einer Reihe kritischer Argumente auseinanderzusetzen. Die Ansätze dafür ergeben sich einmal generell aus der Besonderheit des Rechtsgebiets, das hier dem Mißbrauchsgedanken eröffnet werden soll, zum andern spezieller aus Wesen und Struktur der Grundrechte, schließlich aus dem Grundgesetz selbst*”).

²⁸⁷ Nas doutrinas de direitos fundamentais, Anna Katharina Struth (2019, p. 298, tradução nossa) coloca-o claramente: “A doutrina da reserva do abuso entende o abuso dos direitos fundamentais como o limite do âmbito de proteção de todos os direitos fundamentais, que não se aproxima do direito fundamental como uma limitação externa, mas já é inerente ao direito fundamental. [*Die Lehre vom Missbrauchsvorbehalt versteht den Grundrechtsmissbrauch als Grenze des Schutzbereichs aller Grundrechte, die nicht als äußere Begrenzung an das Grundrecht herantrete, sondern dem Grundrecht bereits inhärent sei*]”

²⁸⁸ “*allgemeines ungeschriebenes überpositives Mißbrauchsverbot*”.

literal ao alemão da expressão francesa²⁸⁹. Tanto é assim que, quando teve oportunidade de positivizar na lei a sua doutrina (no seu esboço de um Código do Povo²⁹⁰), Siebert deliberadamente optou pelo termo *Rechtsmißbrauch*, no § 17: “O abuso de direitos não se encontra juridicamente protegido” (LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 68], tradução nossa²⁹¹). Ainda assim, e mesmo que alguma literatura faça diferenciação semelhante à aqui proposta²⁹², deve-se repetir o alerta sobre o fim exclusivamente didático da escolha da terminologia: ela está longe de ser consensual²⁹³.

As doutrinas categorizáveis como de *Rechtsmißbrauch* (na linha finalista francesa de Siebert I) serão abordadas aqui; as de *unzulässige Rechtsausübung* (na linha sistematizadora de Siebert II, além de Josef Esser e Franz Wieacker), na Seção 1.3.2,

²⁸⁹ Este aspecto é abordado por Johannes Hager (2021 [§ 826, mg. 43], tradução nossa): “Uma forma especial de infração ao Direito reside no abuso de direito [*Rechtsmissbrauch*]. Entretanto, a decisão sobre o possível abuso de uma norma só pode ser tomada com base em sua finalidade de proteção (o ‘uso’ pretendido) [*Eine Sonderform des Rechtsbruchs liegt im Rechtsmissbrauch. Die Entscheidung über den möglichen Missbrauch einer Norm lässt sich jedoch nur aufgrund ihres Schutzzweckes (dem vorgesehenen ,Gebrauch‘) treffen*]”.

²⁹⁰ *Voksesetzbuch*.

²⁹¹ “*Rechtsmißbrauch findet keinen Rechtsschutz*”.

²⁹² Por exemplo, a distinção entre *Rechtsmißbrauch* e *unzulässige Rechtsausübung* explicitada no *Erman Kommentar*: “As condições e consequências jurídicas do exercício abusivo dos direitos são reguladas exclusivamente no § 226. [...] Entretanto, a jurisprudência e a doutrina estenderam consideravelmente a instituição do exercício inadmissível dos direitos com base no § 242 em termos de *Tatbestand* e das consequências legais, e muito além do § 226. Hoje, pode ser formulado como regra geral que *qualquer exercício de direitos que viole os bons costumes (§§ 138, 826) ou a boa-fé (§ 242) é inadmissível* [*Voraussetzungen und Rechtsfolgen missbräuchlicher Rechtsausübung sind ausdr nur in § 226 geregelt. [...] Rspr und Lehre haben das Institut unzulässiger Rechtsausübung indes auf der Grundlage von § 242 tatbestandlich und in den Rechtsfolgen erheblich und weit über § 226 hinaus erweitert. Als allg Satz kann heute formuliert werden, dass jede Rechtsausübung, die gegen die guten Sitten (§§ 138, 826) oder gegen Treu und Glauben (§ 242) verstößt, unzulässig ist*]” (BÖTTCHER, 2020 [§ 242, mg. 24], tradução nossa, grifo nosso). De modo semelhante, no *MüKoBGB* e no *Staudinger Kommentar*, o *Rechtsmißbrauch* é referido ao exercício malicioso (caso clássico), enquanto o *unzulässige Rechtsausübung* remete ao sistema de grupos de casos (SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 202]; LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 216])

²⁹³ António Menezes Cordeiro (2005) entende que o termo *Rechtsmißbrauch* é utilizado praticamente apenas na literatura suíça, sendo pouco visto na alemã, onde se prefere a expressão *unzulässige Rechtsausübung*. Na jurisprudência, por outro lado, Tobias Leidner (2019, p. 84 [nota de rodapé 6]) identificou, nos julgamentos de tribunais alemães a partir de 18 de janeiro de 2016, até a edição do seu livro (2019), 12.301 entradas do termo *Rechtsmißbrauch*, e apenas 9.507 da expressão *unzulässige Rechtsausübung*. O próprio Leidner (2019, p. 85), contudo, observa que a expressão *unzulässige Rechtsausübung* é mais precisa para representar a tradição alemã atualmente prevalecente, porque o termo *Rechtsmißbrauch* implica semanticamente um ato deliberado (não se pode abusar sem saber que se está abusando), e a doutrina do abuso muitas vezes aplica-se a comportamentos cujos elementos subjetivos são irrelevantes. Exatamente com esse fundamento, afirma-se no *Bonner Kommentar* que uma das exigências para aplicação da *Verwirkung* de direitos fundamentais (art. 18 da Lei Fundamental alemã) é a intenção de lutar contra a ‘ordem fundamental livre e democrática’: “Isto é apoiado pela formulação textual, que estipula que as liberdades devem ser usadas — ‘abusadas’ — como meio de lutar contra a ordem fundamental. Aqui, é necessária uma finalidade da ação, o que pressupõe, pelo menos, intenção [*Dafür spricht der Wortlaut, der bestimmt, dass die Freiheiten als Mittel zum Kampfe gegen die Grundordnung eingesetzt - „missbraucht“ - werden müssen. Hier ist eine Zielgerichtetheit des Handelns erforderlich, die zumindest Vorsatz voraussetzt*]” (KAHL; WALDHOFF; WALTER, 2016 [art. 18, mg. 56], tradução nossa). No BeckOGK-BGB e no BeckOK-BGB, a diferença entre *Rechtsmißbrauch* e *unzulässige Rechtsausübung* é apresentada como: aquele sendo a qualificação do comportamento; este sendo a consequência jurídica da qualificação de abuso (RÖVEKAMP, 2022 [§ 226, mg. 1, mg. 37]; SUTSCHET, 2022 [§ 242, mg. 47, 484]).

dedicada à tradição propriamente alemã do abuso (tipicamente sistematizadora, em oposição à tradição definitiva francesa).

Na Alemanha, como já dito, a abordagem de desvio de finalidade da tradição francesa de *abus* tornou-se muito conhecida por meio de Siebert²⁹⁴ (SCHNEIDER, 2015, p. 31). Antes disso, até 1934²⁹⁵, a *exceptio doli generalis* — um tanto impropriamente²⁹⁶ ‘resgatada’ do direito romano pelos glosadores (WIEDMANN, 2002, p. 10) — era muito prestigiada pela jurisprudência alemã.

Na decisão Rep V 412/97 do *Reichsgericht* (apud RUDNIK, 2019, p. 82, tradução nossa²⁹⁷) (25 maio 1898), colhe-se uma definição bastante significativa: “A chamada *exceptio doli generalis* serve para proteger contra uma reivindicação que em si mesma é fundada na lei, mas cujo cumprimento encerraria uma manifesta iniquidade”. Essa foi a jurisprudência da virada para o século XX (HAFERKAMP, 2000, p. 26). Esse genérico “compromisso contínuo com a correção de disposições legais ou contratuais com base em padrões éticos” (HAFERKAMP, 2000, p. 36, tradução nossa²⁹⁸) manteve-se como uma constante na jurisprudência.

Com esses termos amplos, vê-se que, ao continuar a jurisprudência da *exceptio doli* após o novo código (RUDNIK, 2019, p. 83), a judicatura alemã teve em mãos os meios para extrapolar os limites textuais do BGB. Isso acabou por conferir-lhe amplíssimos

²⁹⁴ A recepção, por Wolfgang Siebert, do trabalho de Louis Josserand é um tanto controversa: Filippo Ranieri (2009a, p. 1848 [nota de rodapé 84]) sustenta que a ‘recepção’ em Siebert é, na verdade, apenas uma conveniente remodelação da teoria do *abus* para justificar a adoção de soluções desenvolvidas na Alemanha, sob o título de *exceptio doli*, especialmente da *Verwirkung*. Por outro lado, Hans-Peter Haferkamp (1997, mg. 4, 8, 17]) deixa fora de dúvida que a transição da *exceptio doli generalis* para a doutrina do *Rechtsmißbrauch* decorreu exatamente da obra de Siebert, e representou uma ruptura dogmática.

²⁹⁵ Até 1892, 31 decisões do *Reichsgericht* tratavam da *exceptio doli generalis* (10% do total) (HAFERKAMP, 2000, p. 11). Em 1923, já se podiam contabilizar 93 decisões que a invocavam (HAFERKAMP, 1997, mg. 17]). Esse prestígio jurisprudencial conflita com a desconfiança da doutrina e do legislador: a inclusão da *exceptio doli generalis* no BGB foi expressamente rejeitada pela Comissão do *Reichstag*, em razão do temor de que o sentimento subjetivo do juiz viesse a substituir a norma legal fixa, esfumando os limites entre Direito e moral (HAFERKAMP, 1997, mg. 14]).

²⁹⁶ A *exceptio doli generalis*, no direito romano, era um instrumento processual, em um ambiente em que não se conheciam direitos. Sua utilização para neutralização destes é problemática, e mostrou-se ser *grosso modo* apenas uma fachada para julgamentos de equidade. De todo modo, parte da literatura contemporânea — como Lisa Schneider (2015, p. 27 et seq.) e Filippo Ranieri (2009a, p. 1811 et seq. [especialmente p. 1824], 2009b) — traça uma linha direta entre o direito romano e a doutrina do *unzulässige Rechtsausübung*, conectada pela *exceptio doli*.

²⁹⁷ “Die sog. *Exceptio doli generalis* dient zum Schutze gegen ein Klagbegehren, welches an sich in den Gesetzen begründet sein, dessen Erfüllung aber eine offenbare Unbilligkeit in sich schließen würde”.

²⁹⁸ “Die *exceptio doli generalis* blieb zwischen 1880 und 1914 durchlaufendes Bekenntnis zur Korrektur gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen anhand ethischer Maßstäbe”.

poderes de valoração livre na limitação dos direitos subjetivos²⁹⁹ (HAFERKAMP, 1997 [mg. 8, 17]): o juiz tinha ampla discricionariedade para julgar um comportamento como aceitável ou inaceitável, no caso concreto (HAFERKAMP, 2000, p. 18). A título de exemplificação, pode-se citar a decisão proferida pelo *Reichsgericht* em 26 de maio de 1914, que afirmou explicitamente que: “seria fútil e incorreto tentar caracterizar antecipadamente de forma conclusiva o *Tatbestand* da [...] *exceptio doli generalis* em questão aqui. Então a valoração sobre esse pleito deve, por sua natureza, ser deixada à *inteiramente livre discricionariedade do juiz*” (ALEMANHA, 1914, tradução nossa³⁰⁰, grifo nosso).

Releva mencionar uma reação na literatura, que começou a ser vista a partir de 1902³⁰¹, associando a *exceptio doli* à ‘justiça do cádi’ (HAFERKAMP, 2000, p. 30). Antes disso, a literatura conformava-se com uma discussão conduzida pela jurisprudência em um nível bastante geral (a lei escrita pode ou não ser corrigida pelos juízes?; o juiz pode descobrir livremente hipótese de aplicação da *exceptio doli generalis*, ou está adstrito aos casos estabelecidos na doutrina e prática romanas?), sem preocupação com uma discussão dogmática nos casos concretos (HAFERKAMP, 2000, p. 5, p. 15). Depois, passou-se a ao menos pleitear “precisão dogmática e transparência argumentativa” no uso jurisprudencial da *exceptio doli* (HAFERKAMP, 2000, p. 28, tradução nossa³⁰²)

Os juízes, de modo geral, ignoraram a reação da literatura. Os esforços dogmáticos de mínima consistência — grupos de casos como a *Verwirkung* e o *venire contra factum proprium* remontam a essa época (RUDNIK, 2019, p. 83) — não se impuseram aos juízes: ainda era uma opção do juiz (a valoração era livre!), sem ‘constrangimento de justificação’, seguir ou não esses grupos de casos.

²⁹⁹ A *exceptio doli generalis* alemã era tão definitiva quanto a tradição francesa de *abus de droit*, e funcionava de maneira bastante semelhante. Cf., por exemplo, Heinrich Dernburg (1884, p. 315, tradução nossa, grifo nosso): “Por conseguinte, poderá o juiz igualmente considerá-la [a *exceptio doli generalis*] em casos especiais que são estranhos ao direito escrito, mas em que a aplicação da regra jurídica seria contrária à essência da coisa ou às finalidades do direito [Darf sie der Richter also auch in besonderen Fällen berücksichtigen, welche dem geschriebenen Rechte fremd find, in welchem aber die Anwendung der Rechtsregel dem Wesen der Sache oder den Zwecken des Rechts zuwiderliefe]”. Segundo Hans-Peter Haferkamp (2000, p. 19), foi precisamente esse texto que reavivou o debate dogmático sobre a *exceptio doli generalis*.

³⁰⁰ “Übrigens wäre es vergeblich und unrichtig, den Tatbestand der hier in Frage stehenden, das Aufrechnungsverbot des § 394 beseitigenden *exceptio doli generalis* im Voraus abschließend kennzeichnen zu wollen. Denn die Würdigung dieser Einrede muß ihrer Natur nach dem völlig freien Ermessen des Richters überlassen bleiben”.

³⁰¹ O marco citado refere-se a um livro de Konrad Schneider, publicado naquele ano (*Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches*) (HAFERKAMP, 2000, p. 28).

³⁰² “Er forderte dogmatische Genauigkeit und argumentative Transparenz”.

Esse modelo passou a ser questionado de forma mais intensiva apenas no final dos anos 1920, quando Willi Brenner pleiteou uma vinculação da *exceptio doli generalis* à dogmática existente, por meio da ‘descoberta’, nos casos decididos, dos critérios que foram decisivos. Em contraste, Franz Gerd Oppenheimer, em 1930 — em obra simbolicamente intitulada *Der Gesetzesmißbrauch (O abuso da lei)* —, passou a defender que os juízes não deveriam criar o Direito, mas o testemunhar como resultado da vida social (HAFERKAMP, 1997 [mg. 27 et seq., mg. 53]).

Tanto Brenner quanto Oppenheimer promoveram tentativas de rompimento com a noção jurisprudencial livremente valorativa de *exceptio doli generalis*. As ideias de Brenner foram de certa maneira retomadas por Hermann Rüdý, em 1934, em seu *Der Rechtsmißbrauch* — onde pediu o “registro mais nítido do direito singular” (RÜDY, 1934, p. 67 apud DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 341-342, tradução nossa³⁰³). No entanto, seus pleitos acabaram eclipsados junto com a jurisprudência dos interesses, após a ascensão nazista (EICHENHOFER, 2019, p. 122; DOVE, HAFERKAMP, 2007, p. 357) — situação que perdurou até o desenvolvimento das doutrinas do *unzulässige Rechtsausübung*, no contexto no movimento de ‘reabilitação’ das cláusulas gerais, especialmente da boa-fé e dos bons costumes, no pós-guerras (JUNG, 2006, p. 44).

Já as ideias de Oppenheimer — um modelo muito mais próximo da tradição franco-belga (DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 359) — foram mais tarde retomadas por Siebert, em 1933, em seu *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*. E este foi precisamente o ponto de virada da *exceptio doli* para a doutrina do *Rechtsmißbrauch* (HAFERKAMP, 1997 [mg. 38 et seq.]).

Siebert propôs uma a interpretação da lei “de uma maneira nacional-socialista” (HAFERKAMP, 1997 [mg. 43], tradução nossa³⁰⁴) — i. é: sua preocupação era moldar todo o conteúdo do Direito de acordo com a ideologia nazista³⁰⁵. Fez isso por meio da promoção de um premeditado desprestígio pelas formas rígidas — uma destruição das

³⁰³ “schärfere Erfassung des Einzelrechts”.

³⁰⁴ “Klarer als bei Oppenheimer wurde von Siebert die Innentheorie dazu instrumentalisiert, außergesetzliche Wertungen gesetzeskonform erscheinen zu lassen. Die Überwindung des Gesetzes war für Siebert Teil seiner Auslegung, nicht etwa richterliche Korrektur. Siebert forderte dazu auf, das gesamte bürgerliche Recht nationalsozialistisch ,auszulegen”.

³⁰⁵ Segundo Wolfgang Siebert (apud LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 76], tradução nossa), com a sua doutrina de *Rechtsmißbrauch*, seria possível “fazer da grande máxima de que o interesse geral deve prevalecer sobre o interesse particular também um princípio jurídico [den großen Grundsatz, dass Gemeinnutz vor Eigennutz gehen solle, auch zu einem Rechtsgrundsatz zu machen]”.

estruturas do BGB que protegiam o direito privado contra o Estado³⁰⁶ (HAFERKAMP, 2016, p. 557-558; WEBER, 1992, p. 520-521; EICHENHOFER, 2019, p. 125) —, e, em contrapartida, louvando a concretização em “envolvimento corajoso na vida” (SIEBERT, 1935, p. 203-209, tradução nossa³⁰⁷). É, praticamente, uma tradução para o alemão do *la lettre tue, et seul l'esprit vivifie*, de Jossierand — que, na prática, significava uma reinterpretação do Direito positivo à luz do pensamento jurídico nazista, pelos ‘pontos de irrupção’³⁰⁸ das cláusulas gerais (LOOK, 2000, p. 95, tradução nossa³⁰⁹). As cláusulas gerais, na doutrina de Siebert, eram, portanto, meras “conchas vazias”, cujo conteúdo era definido pelo juiz como intérprete da ideologia nazista (SCHMIDT, 2009, p. 413, tradução nossa³¹⁰).

O trabalho de Siebert é disruptivo, na Alemanha. Se antes havia um notório (ainda que incipiente) esforço da literatura para identificar critérios de valoração gerenciáveis em cada área de aplicação da *exceptio doli generalis*³¹¹ — algo na linha da tradição sistematizadora germânica, ainda que rudimentar (como se verá na Seção 1.3.2) —, “logo após a publicação da obra de Siebert, já se alinhava uma doutrina ‘geral’ de abuso de

³⁰⁶ Claus-Wilhelm Canaris (2018, p. 215), de maneira geral, observa que: “o nacional-socialismo era notoriamente hostil ao pensamento liberal, assim como era em relação ao Direito Romano pelo espírito de liberdade que caracterizava este”. Sobre as razões históricas desse ataque nacional-socialista às estruturas do BGB, cite-se Otavio Luiz Rodrigues Jr. (2019 [§ 22]): “Durante o período nacional-socialista, empreendeu-se uma luta contra a categoria ‘direito subjetivo’, que passou a ser considerada ultrapassada e substituída pela ‘situação jurídica subjetiva’. Ele seria um conceito de tradição liberal-burguesa, que deveria ceder espaço ante o ‘conceito concreto e impregnante de órgão da comunidade do povo’. [...] As razões para esse ataque à diferenciação e à autonomia do Direito Privado recaem sobre três causas: a) o Direito Privado como núcleo de um sistema essencialmente autônomo e distinto do Direito Público referenda a existência de uma ‘esfera de relações nas quais o interesse meramente privado prevalece, em contraste com o princípio nacional-socialista da absoluta, permanente e penetrante superioridade do interesse geral sobre o interesse particular’; b) a diferenciação confronta-se com o núcleo da doutrina jurídica nacional-socialista na própria conceituação de dever jurídico, entendido pela visão clássica como um dever em relação a um indivíduo. Para o Direito nacional-socialista, o dever jurídico corresponde essencialmente a um dever em relação à comunidade. A partir de agora, ao se vincular juridicamente, o indivíduo não o faz somente em relação a outrem, mas em relação à sociedade; c) o Direito Privado não pode mais ser um sistema autônomo e independente das demais áreas do Direito. Segundo Larenz, a ordem nacional-socialista tende ‘a subordinar cada âmbito jurídico a princípios de Direito Público, e a identificar estes com os princípios de uma concreta moral e de uma concreta ideologia e prática política, quer dizer, com os princípios do nacional-socialismo’”.

³⁰⁷ “*Abstraktion ist praktisch eine Flucht in starre Formen; Konkretisierung ist mutiges Hineinsteilen in das Leben!*”.

³⁰⁸ “*Einbruchsstellen*”.

³⁰⁹ “*Als Einbruchsstellen für nationalsozialistisches Rechtsdenken dienten — wie von der Rechtswissenschaft gefordert [...] — die zivilrechtlichen Generalklauseln wie ‚gute Sitten‘ (§§ 138, 826 BGB, § 1 UWG) und ‚Treu und Glauben‘ (§§ 157, 242 BGB)*”.

³¹⁰ “*leere Hülse*”.

³¹¹ Thomas Duve e Hans-Peter Haferkamp (2007, p. 340-341) citam, dentre outros, um trabalho de Paul Oertmann, de 1928, e outro de Max Hamburger, de 1930, nos quais são propostos subsistemas (base do negócio, revalorização, *Verwirkung* etc.), com pretensão de controlabilidade intersubjetiva.

direitos altamente abstrata” (DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 349, tradução nossa³¹²). Em suma: Siebert lançou na Alemanha as bases de uma doutrina não tipicamente germânica, mas francesa. Ademais, é de se notar que essa doutrina era manifestamente contrária à vontade do legislador do BGB (DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 360), que rejeitou explicitamente a positivação de uma ideia abrangente de abuso como a de Siebert (RÖVEKAMP, 2022 [§ 226, mg. 2.1]). E a razão para essa afronta foi intencionada: Siebert pretendia, por meio da sua doutrina de *Rechtsmißbrauch*, impor o pensamento nazista como orientador da sociedade.

A passagem da *exceptio doli generalis* para a doutrina do *Rechtsmißbrauch* — pleiteada expressamente por Siebert (1934, p. 1000) — fica evidente na decisão II 198/34 (RGZ 146, 385), proferida pelo *Reichsgericht* (22 jan. 1935), em que, “pela primeira vez desde 1900 [ano de vigência do BGB], uma concepção da Ciência Jurídica [a de Siebert] foi usada como fundamento para a jurisprudência de abuso de direito. A *exceptio doli generalis* desapareceu da terminologia judicial” (HAFERKAMP, 1997 [mg. 49], tradução nossa³¹³). Agora, em vez de uma ‘valoração totalmente livre’ (*exceptio doli generalis*), o juiz encontrava-se obrigado a adotar um “decisionismo substancial”³¹⁴,

³¹² “Sieberts Schriften zum Rechtsmissbrauch setzten bemerkenswert schnell einen Umschwung in der Behandlung des Rechtsmissbrauchs durch. Während die Literatur noch kurz zuvor fast durchweg versucht hatte, jede abstrakte Betrachtung im Rahmen von Treu und Glauben auf handhabbare Wertungsmerkmale herunterzubrechen, schwor man sich bereits kurz nach Erscheinen des Arbeit Sieberts auf eine hochabstrakte ,allgemeine’ Rechtsmissbrauchslehre ein”.

³¹³ “Das Reichsgericht übernahm Sieberts Ansatz bereits am 22.1.1935; erstmals seit 1900 wurde damit eine Konzeption der Rechtswissenschaft zur Begründung der Rechtsmißbrauchsrechtsprechung herangezogen. Die *exceptio doli generalis* verschwand aus der richterlichen Terminologie. Ideologische interessante Bedeutung erlangte Sieberts Ansatz etwa in der Rechtsprechung zur Stimmrechtsausübung des Aktionärs sowie, am Rande, im Bereich der sog. nachträglichen Sittenwidrigkeit”.

³¹⁴ Segundo o próprio Wolfgang Siebert (apud DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 378, tradução nossa): “A insegurança jurídica na aplicação das cláusulas gerais diminuirá mais e mais, quanto mais forte e segura for a concepção nacional-socialista alemã do Direito [Die Rechtsunsicherheit in der Anwendung der Generalklauseln wird mehr und mehr schwinden, je stärker und sicherer sich die deutsche nationalsozialistische Rechtsauffassung auswirken wird]”. Karl Engisch (2004, p. 323-324, tradução nossa), nesse contexto, fala em uma “diminuição do poder judicial, porque as possibilidades que oferecia o relaxamento do caráter estrito da lei, tão só podiam utilizar-se conforme ao critério das diretivas políticas” (no original: “si antes de 1933 podía hablarse de un ‘aumento del poder judicial’ en virtud de un avance del derecho de equidad, en la época posterior más bien podrá hablarse de una ,disminución del poder judicial’, puesto que las posibilidades que ofrezca la relajación del carácter estricto de la ley, tan sólo podían utilizarse conforme al criterio de las directivas políticas, traídas por diversos conductos”). Após a derrota do nazismo, essa substancialidade geral ficou teoricamente ‘vazia’ até Günter Dürig, em 1954 — mais precisamente, nos dias 14 e 15 out. 1954, em um seminário intitulado *Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither. Die Berufsbeamten und die Staatskrisen* —, substituir a ideologia nacional-socialista pela “ideologia da Constituição”: as cláusulas gerais passaram a ser consideradas, então, pontos de ‘irrupção’ dos direitos constitucionais no direito civil (STÜRNER; SEINECKE, 2017, p. 42-43; HAFERKAMP, 2016, p. 569; LOOK, 2000, p. 97) — ou, no dizer de Reinhard Zimmermann e Jean Peter Schmidt (2017, p. 342), por força da “doutrina da eficácia horizontal indireta” de Dürig: “Descobriu-se que a abertura e a flexibilidade das *Generalklauseln* era uma maldição sob o regime Nacional-Socialista e uma benção sob a Lei Fundamental de

‘descobrimo’ o Direito segundo a ideologia nazista³¹⁵ (*Rechtsmißbrauch*) (HAFERKAMP, 1997 [mg. 53-56], tradução nossa³¹⁶).

Philipp Eichenhofer destaca, como representativa do desenvolvimento de uma nova doutrina de abuso na Alemanha (aqui intitulada *unzulässige Rechtsausübung*), a mudança do pensamento de Siebert, no seu texto sobre o § 242 do BGB no *Soergel Kommentar* (1952): tardiamente, Siebert mostrou notável empenho na formulação de grupos de casos — sendo considerado, junto com Josef Esser e Franz Wieacker, a grande referência na transição para esse modelo, até hoje adotado na tradição alemã de *unzulässige Rechtsausübung* (HAFERKAMP, 2003b, p. 1057-1058). Para o tardio Siebert (apud EICHENHOFER, 2019, p. 161, tradução nossa³¹⁷), era necessário prevenir-se o perigo de que “a segurança jurídica seja minada pela falta de previsibilidade, e que o senso de equidade do juiz, até e incluindo a arbitrariedade, tome o lugar de normas gerais e claras”. Quanta diferença para o juiz que deveria, para Siebert I, ser guiado pela ideologia nazista...

Curiosamente, houve um outro movimento, também tardio porém com vetor contrário, na tradição alemã de abuso: o ‘abuso institucional’³¹⁸ promove o resgate³¹⁹, na Alemanha, a partir da década de 1960, da abordagem finalista de *Rechtsmißbrauch* — rastreável à doutrina do Siebert I (SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 205], CHELIDONIS, 2010, p. 731). Essa ‘continuidade’ (que na verdade é uma retomada, porque, como se viu, Siebert II abandonou a sua abordagem definitiva original em favor de uma sistematizadora) deve-se ao que Thomas Duve e Hans-Peter Haferkamp (2007, p. 297,

1949”. Otavio Luiz Rodrigues Jr. (2019 [§ 57]) anota que, nessa “corrida ao final do arco-íris axiológico”, Dürig foi a exceção que jamais cedeu a uma dogmática voltada à construção de uma sociedade baseada nos valores do nacional-socialismo (ao contrário do que fizeram, por exemplo, Hans Carl Nipperdey, Karl Larenz, Franz Wieacker e Carl Schmitt). Em ninguém mais que em Larenz isso é notado: a vinculação do juiz à vontade do *Führer* (de sua metódica nacional-socialista) transformou-se em vinculação do juiz à ‘ordem jurídica válida’ (no pós-guerras), sem que, com isso, se tenha modificado substancialmente o nível de reconhecimento do poder dos juizes sobre o Direito extralegal (FRASSEK, 2017, p. 250).

³¹⁵ O juiz era: “Livre da lei, mas vinculado à ideologia: este era o novo lema de método para toda a profissão [jurídica] [*Gesetzesfrei, aber weltanschauungsgebunden, das war die neue Methodendevise für die gesamte Profession*]” (RÜCKERT, 2015, p. 803, tradução nossa).

³¹⁶ “Indem Siebert die subjektiven Rechte an die nationalsozialistische Gemeinschaftsideologie band, bot er nur auf den ersten Blick ähnlich unklare Inhalte. In Wirklichkeit verpflichtete er die Richterschaft auf politische Vorgaben, forderte Konformität. Die Unbestimmtheit war Anbindung an beliebige ideologische Einflußnahme und somit nicht freies Richterrecht, sondern [...] ,substanzieller Dezisionismus”.

³¹⁷ “[...] die Rechtssicherheit durch Wegfall der Vorausberechenbarkeit ausgehöhlt wird, und daß an die Stelle genereller und klarer Normen das Billigkeitsempfinden des Richters bis hin zur Willkür tritt”.

³¹⁸ ‘Institutioneller Rechtsmißbrauch’.

³¹⁹ Claudia Schubert (2019 [§ 242, mg. 205]) chega a afirmar que o ‘abuso institucional’ foi desenvolvido pelo próprio Wolfgang Siebert (no caso, o Siebert I).

tradução nossa³²⁰) consideram uma displicência dogmática quando ao “envolvimento ideológico” de Siebert I com o nazismo, sem a consideração do qual a sua doutrina não faz sentido.

Nada obstante, ignorando esse elemento ideológico, a tradição alemã, culturalmente sistematizadora, experimentou uma nova aproximação com a tradição definitiva francesa do *abus*, por meio do que se convencionou intitular recentemente ‘abuso institucional’. Para Pierre-Emmanuel Moyse (2012b, p. 6), essa concepção implica a consideração de que os direitos são, em última instância, “poderes finalizados”. Como Tanja Rudnik (2019, p. 97, tradução nossa³²¹, grifo nosso) deixa muito claro: o abuso de direito institucional é o exercício *contrário* “à finalidade de um instituto jurídico ou de uma norma jurídica”.

Há um debate sobre o lócus dogmático do abuso institucional. Walter Zeiss (1967, p. 23-24 [nota de rodapé 23]) identifica-o com a violação à boa-fé objetiva consagrada no § 242 do BGB³²². Isso, no entanto, é insustentável, já que ele é um fruto tardio da recepção na Alemanha da doutrina civilista francesa do *abus*, promovida por Siebert.

A distinção entre abusos individuais e institucionais remete no mínimo a um trabalho de Ludwig Raiser, de 1963³²³, e é de difícil sustentação (KÄHLER, 2022 [§ 242, mg. 1109]), mas foi retomada com ênfase quando as doutrinas processualistas apropriaram-se dela. Zeiss (1967, p. 153 et seq.), um jurista processualista penal, diferenciou o abuso por perseguição de interesses individuais reprováveis³²⁴ daquele por não perseguição do interesse pretendido pela lei³²⁵. Sendo assim, para Zeiss, a investigação de abuso deveria dedicar-se não apenas à investigação do propósito

³²⁰ “Ein Beispiel bietet der Umgang mit der Rechtsmissbrauchslehre. Während .in der rechtshistorischen Literatur seit langem auf »ideologische Verstrickungen« dieser Rechtsfigur nach 1933 hingewiesen wird, nimmt die dogmatische Literatur diese Einwände weitgehend nicht wahr und verwendet die hierzu grundlegend gewesen Arbeiten Wolfgang Sieberts weiterhin ohne Rücksicht auf ihre zeitbedingte Prägung”.

³²¹ “[...] können Rechte entgegen dem Zweck eines Rechtsinstituts oder einer Rechtsnorm ausgeübt werden. Daher umfasst der institutionelle Rechtsmissbrauch [...] die Varianten des Normenmissbrauchs und des Institutsmissbrauchs”.

³²² No mesmo sentido: RUDNIK, 2019, p. 89.

³²³ *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht*. Neste mesmo sentido: FLEISCHER, 2003, p. 867. Tanja Rudnik (2019, p. 84-85) vai ainda mais longe, ao atribuir a originalidade à primeira edição, de 1949, do *Schuldrecht*, de Josef Esser. Para Esser (apud WIEDMANN, 2002, p. 19, tradução nossa), a diferença residiria “na consideração mais próxima de se o exercício de um direito é contrário à finalidade social determinada para este direito em si, ou se ele só carece de consideração pela boa-fé objetiva em um caso singular específico, enquanto está fundamentalmente de acordo com a instituição [die nähere Erwägung zugrunde, ob die Ausübung eines Rechts schlechthin der sozialen Zweckbestimmung dieses Rechts zuwider läuft, oder ob sie nur im konkreten Einzelfall die Rücksicht auf Treu und Glauben vermissen lässt, während sie grundsätzlich doch institutionengemäß ist]”.

³²⁴ ‘Parteizweck’.

³²⁵ ‘Gesetzeszweck’.

perseguido pelo titular do direito (abuso subjetivo/individual), mas também aquele buscado pela lei (abuso objetivo/institucional). A mesma linha foi adotada em outro texto de direito processual muito citado, de Heinrich Rüping e Gerhard Dornseifer (1977, p. 418, tradução nossa³²⁶): o abuso — que promoveria uma “redução teleológica de normas gerais-abstratas” —, em seu viés institucional, seria instrumento de realização de uma “tarefa defensiva contra um uso violador da função do dispositivo de proteção jurídica”.

Na jurisprudência, pode-se citar como paradigmática da abordagem de abuso institucional a decisão III ZR 168/50 (BGHZ 3, 94) (12 jul. 1951), do Tribunal de Justiça Federal alemão (*Bundesgerichtshof* — BGH): “o exercício inadmissível de direito ou abuso de direito também é a exploração de possibilidades formais das leis, contrárias à sua inequívoca ideia jurídica” (ALEMANHA, 1951a, tradução nossa³²⁷). Também ganhou bastante destaque na jurisprudência do Tribunal do Trabalho Federal alemão (*Bundesarbeitsgericht* — BAG), em especial a relacionada à celebração sucessiva de contratos de trabalho a termo certo (RUDNIK, 2019, p. 80).

No abuso institucional, observa-se uma tendência à adoção de uma abordagem definitiva (ao menos parcialmente) não dogmatizada. Isso fica evidente no julgamento do caso 7 AZR 420/15 (17 maio 2017), pelo BAG³²⁸. Na ocasião, foi necessário apreciar a questão de se seria abusiva a celebração de sucessivos contratos de trabalho a termo certo, por prazos inferiores aos necessários a eventual substituição de professores titulares³²⁹. A Lei de Proteção à Parentalidade alemã³³⁰ autoriza a contratação de empregado temporário para substituição de empregado permanente durante uma licença parental ou licença para cuidar de criança fundamentada em acordo trabalhista (§ 21(1)) (ALEMANHA, 2006). Na ocasião, o Tribunal concluiu que a determinação do “limiar de um abuso institucional”, no caso singular, deve seguir as seguintes ‘máximas’³³¹: (1) contratos com duração máxima de até dois anos, com no máximo três renovações que não

³²⁶ “Im Zivilrecht ist das Prinzip des Rechtsmissbrauchs allgemein anerkannt. Es dient der teleologischen Reduktion generell-abstrakter Normen, deren Anwendung im Einzelfall zu als unerträglich empfundenen Ergebnissen führt”.

³²⁷ “Unzulässige Rechtsausübung oder Rechtsmissbrauch ist demnach auch die Ausnutzung formeller Möglichkeiten der Gesetze entgegen ihrem unzweideutigen Rechtsgedanken”.

³²⁸ Sobre essa jurisprudência de “semáforo de abuso” (*Rechtsmissbrauchssampel*) — sinais verde, amarelo e vermelho —, cf.: SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 277-287].

³²⁹ Esta jurisprudência do BAG é muito criticada pela literatura, seja porque o recurso ao abuso institucional leva a resultados que ‘distorcem’ aqueles da metódica jurídica; seja porque confunde-se abuso de direito com fraude à lei (RUDNIK, 2019, p. 33).

³³⁰ *Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz*.

³³¹ ‘Grundsätzen’.

ultrapassem esse limite, são seguramente não abusivos — essa conclusão decorre de uma interpretação sistemática do dispositivo acima citado, da Lei de Proteção à Parentalidade, com o § 14(2)³³² da Lei de Trabalho por Tempo Parcial e a Termo Certo³³³ —; (2) se o contrato de trabalho por termo certo atingir oito anos ou doze prorrogações, ou se totalizar seis anos e nove prorrogações, ele exigirá um “controle abrangente de abuso”; e (3) se atingir dez anos ou quinze prorrogações, ou se totalizar oito anos e doze prorrogações, apenas circunstâncias especiais poderão desqualificar o abuso de direito (ALEMANHA, 2017).

Causa perplexidade a definição do parâmetro de delimitação entre o exercício legítimo e o abuso: por que catorze prorrogações deixam dúvida sobre o abuso, e quinze não? Pior: a literatura adepta do ‘abuso institucional’ vê nessa jurisprudência um problema não pela determinação arbitrária, mas apenas pela própria formulação geral: Tanja Rudnik (2019, p. 125, tradução nossa³³⁴), por exemplo, vê nisso uma contradição dogmática à “figura do abuso institucional de direitos como uma correção no caso singular”.

Vê-se que não há diferença metódica significativa entre o intitulado ‘abuso institucional’ e a abordagem que apela a uma suposta finalidade do direito como referência para confrontação do comportamento valorado: tanto em uma quanto em outra, faltam parâmetros de aferição do abuso.

1.3.1.2.4 *Abordagem da negação do fundamento axiológico (‘axiologismo formal’): superação não substituinte*

Ao comentar a abordagem de desvio de finalidade, Everardo da Cunha Luna (1988, p. 107-108) conclui o seguinte: “Não se nega [...] que o direito, como realização humana que é, propõe-se um fim. O que se nega é que o fim, que se propõe o direito, seja alcançado por meios estranhos ao direito”.

Levando essa ideia em consideração — e em acordo com a posição de Luna —, Virgilio Giorgianni (1963, p. 332) sustenta que, em vez de um fim (metajurídico) dos

³³² “A limitação de um contrato de trabalho por termo certo sem um motivo objetivo é permitido até um período de dois anos; até este período [...], a extensão de um contrato de trabalho por termo certo também é permitida até um máximo de três vezes [*Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes ist bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrages zulässig*]” (ALEMANHA, 2000, tradução nossa)

³³³ *Teilzeit- und Befristungsgesetz*.

³³⁴ “Das BAG hat mittlerweile mit der Angabe relativ fester Höchstgrenzen reagiert, die der Figur des institutionellen Rechtsmissbrauchs als Korrektiv im Einzelfall aber dogmatisch widersprechen”.

direitos, deve buscar-se o valor (jurídico) de cada norma³³⁵. Para ele, o “conteúdo” dos direitos corresponde ao seu valor cultural, que só é “conhecido ambientalmente no processo real da vida histórica” (GIORGIANNI, 1963, p. 351, tradução nossa³³⁶). Esse valor seria exatamente o “critério imanente” de identificação do abuso (GIORGIANNI, 1963, p. 184-185), a emergir “concretamente do discurso do jurista” (GIORGIANNI, 1963, p. 333, tradução nossa³³⁷).

Um exemplo citado por Giorgianni (1963, p. 183-184) é bastante elucidativo: aluga-se um cavalo, sem definição das condições de uso no texto do contrato, e o locatário — para poupar o seu próprio — exaure de fadiga o animal locado, usando-o para o transporte de cargas enormes, às quais não submete o próprio cavalo. O autor conclui ter havido aí abuso de direito, não por desvio da finalidade do empréstimo (a finalidade “obviamente consiste no uso do [...] cavalo”), mas por violação ao valor subjacente (uso do cavalo que não poderia ser previsto) (GIORGIANNI, 1963, p. 199, tradução nossa³³⁸). O valor jurídico, assim, é a previsibilidade do uso.

A proposta de Giorgianni é de difícil cumprimento metódico, porque não se propõem parâmetros para identificação do ‘valor ambiental-cultural’. Veja-se que Fernando Cunha de Sá (1973, p. 642), um notório axiologista na linha de Giorgianni, procura remeter a identificação do abuso à descoberta do “valor” subjacente ao direito, mas encontra grande dificuldade de fazê-lo, ao ponto de concluir que o “fundamento axiológico” dos direitos é definido pela boa-fé, pelos bons costumes, e... pela “finalidade econômica ou social” (!?).

³³⁵ Pela externalização dessa ideia, Virgilio Giorgianni é apontado como figura de transição entre as doutrinas finalista e axiologista do abuso (PINHEIRO, 2011, p. 3).

³³⁶ “*Sulla base di dimostrazioni e argomentazioni tratte dalla conoscenza del giurista si è qui venuti, infatti, minutamente chiarendo che la ‘forma’ del diritto include nella sua struttura un valore oggettivo il quale, esaminato nel suo esatto campo e nelle sue precise caratteristiche, si presenta come il valore culturale alla cui stregua il ‘contenuto’, cioè il comportamento umano a cui esso si riferisce, è ambientalmente conosciuto nel reale processo della vita storica*”.

³³⁷ “*E insomma, l’accesso alla critica della sopra riferita alternativa kelseniana era possibile unicamente quando ci si fosse immersi nello studio minuto ed accurato della concreta operatività del giurista, così da poter individuare puntualmente i valori che dal discorso del giurista emergono in concreto, e da potere, conseguentemente, rilevare quali siano le con-dizioni reali ed effettive che di quel discorso fanno una conoscenza avente la sua propria oggettività e i suoi propri procedimenti di verifica*”.

³³⁸ “*Così, ad es., nel caso a suo luogo analizzato, l’abuso del diritto di comodato non scaturisce, certo, dal rapporto fra il ‘fine’ dello esercizio del diritto sul cavallo comodato — che consiste palesemente nella utilizzazione del cavallo stesso — e il ‘fine’ dell’istituto (il quale è ovviamente etico-politico), ma dal fatto che il comportamento relativo all’esercizio del diritto di comodato tenda alla realizzazione del suo proprio fine (che è l’utilizzazione del cavallo comodato) difformandosi dall’interesse o valore che sta a criterio dello stesso diritto di comodato, cioè a criterio della qualificazione che di quel comportamento fa un esercizio del diritto. E insomma, l’esercizio abusivo del diritto di comodato prende rilievo dal fatto che esso (tendendo al suo proprio fine) si difforma da quell’interesse o valore che può essere espresso nei termini di sopprimendo della cosa comodata a un uso a cui non si potrebbe provvedere quando venisse a mancare la cosa del comodante: interesse o valore che sta, appunto, a criterio del diritto di comodato*”.

Isso, porém, não reduz o mérito teórico da concepção axiologista de Giorgianni — especialmente pelas circunstâncias de tempo (quando as doutrinas prevalecentes adotavam a abordagem moralista-definitória do desvio de finalidade) e de espaço (a Itália tem cultura jurídica pouco receptiva às doutrinas do abuso (ALPA, 1994, p. 8)).

Esse axiologismo de Giorgianni é teoricamente importante porque, com seu relativismo quanto à exegese ‘abstrata’, ajuda a romper a concepção absolutista de direito subjetivo, mas reconhecendo limite no próprio fundamento axiológico (PINHEIRO, 2002, p. 109). O contributo de Giorgianni foi especialmente profícuo na literatura portuguesa: com explícitas adesões à obra do italiano, António Castanheira Neves (1967, p. 523-524 [nota de rodapé 40]) observou que a superação do “absolutismo formal e conceitual dos direitos subjectivos” pelo abuso pressupõe a explicitação do “fundamento juridicamente objectivo, o fundamento axiológico-normativo constitutivo e objectivamente imanente dos direitos validamente invocáveis e exercitáveis”; e Cunha de Sá (1973, p. 380) observou que o abuso “torna possível a busca do direito certo, pela concreta referência à experiência humana da previsão normativa, em termos de direito subjetivo”, reconhecendo que o “critério do abuso” é o seu elemento valorativo interno (CUNHA DE SÁ, 1973, p. 420).

No Brasil, Rosalice Pinheiro (2002, p. 315-316) parece também aderir a essa concepção, ao sustentar que a CRFB estabeleceu uma “orientação [...] aos direitos subjetivos. Trata-se da função social assegurada como um direito fundamental [???] ao lado do direito da propriedade, de tal modo a delinear o abuso do direito em face de um elemento valorativo e interno ao direito subjetivo”. Afora a parte sobre “direito fundamental à função social”, de difícil compreensão, é relevante observar como a noção de função social — bastante explorada pela abordagem moralista do desvio de finalidade — pode também seguir um rumo jurídico.

A abordagem do abuso como desvio axiológico anuncia um “renovado sentido de juridicidade” — no dizer de Castanheira Neves (1967, p. 522 [nota de rodapé 38]) —, documenta o “moderno pensamento jurídico”, de aplicação não subsuntiva — como afirma António Menezes Cordeiro (1983, p. 874) —, revela “uma nova concepção de juridicidade” — nas palavras de Rosalice Pinheiro (2002, p. 429). Em suma: neste contexto, a Ciência Jurídica inclinou-se a uma juridicidade concreta, deixando de “medir-se por uma validade lógico-ideal de fundamento apenas legal” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 528). Aqui, os princípios — se corretamente entendidos, de maneira

sistematizadora (Seção 1.4) — seriam os reveladores dos valores do Direito.

Com isto, contudo, a abordagem axiologista suscita outras questões: a primeira delas é que a nova concepção de juridicidade subjacente a um axiologismo sem pretensão metódica tende também a tornar inexplicável a própria noção de abuso. Como bem observou Menezes Cordeiro (1983, p. 872), a simples imposição de que todo texto concessivo de direito tenha que ser analisado à luz dos ‘valores’ nele subjacentes acaba por negar o abuso como fenômeno autônomo. Disso, tratar-se-á mais na Seção 4.3.2.

Releva destacar, aqui, a crítica de Menezes Cordeiro à abordagem axiologista *formal* de abuso de Castanheira Neves e Cunha de Sá:

Afirmados valores inerentes aos direitos subjectivos dão, quando violados, lugar a abuso do direito. *Quais sejam esses valores ou qual seja a via para, a partir de cada estrutura jurídico-subjectiva formal, os confeccionar com um conteúdo material: é pergunta a que só a dogmática pode responder. No fundo, não se pretende solucionar, em concreto, o abuso mas, tão-só, indicar-lhe uma geometria teórica. É o axiologismo subjacente: instrumentalmente útil mas insuficiente para dogmatizar o abuso do direito.* (MENEZES CORDEIRO, 2005, grifo nosso).

Toda a tentativa de superação promovida pelas doutrinas axiologistas é teoricamente útil, mas metodicamente insuficiente (MENEZES CORDEIRO, 2005). Isso provavelmente não pode ficar mais explícito do que em Luis Alberto Warat (1969, p. 63-68, tradução nossa³³⁹). Para ele, o ordenamento jurídico é apenas parte da “normatividade cultural” — composta também pela “normatividade metajurídica” (*rectius*: normatividade extralegal, aquela que, para o autor, está “à margem do direito oficial”) —, e o abuso seria um juízo de “intuição jurídica [...] para captar a vigência axiológica de sua [do direito] autolimitação” (WARAT, p. 91, tradução nossa³⁴⁰, grifo nosso). O que Menezes Cordeiro pretende afirmar, com razão, é que essa ‘intuição’ dos valores é insuficiente para fundamentar o abuso em um Estado de Direito. Portanto o axiologismo (formal) de Giorgianni e seguidores, mesmo tendo superado teoricamente o finalismo da doutrina do abuso de Josserand, não provê recursos metódicos para substituí-la na prática jurídica.

³³⁹ “Conceptual y prácticamente, queda explicado así que toda normatividad cultural es contingente, variable, susceptible de perpetua transformación en procura de nuevas aspiraciones y anhelos que justifiquen su razón de ser. De ahí la necesidad de cristalizar y precisar parte de esa compleja normatividad, imponiéndose su observación obligatoria. Quedará así formado el ordenamiento jurídico positivo. [...] el ordenamiento jurídico impuesto por el Estado sólo tiende a regular la actividad humana, pero no la determina, ya que ésta se desenvuelve de acuerdo con la ordenación total que la circunda. Al margen del derecho oficial, queda subsistente toda la normatividad metajurídica, dentro de la cual la conducta humana encuadra espontáneamente y a veces, en claro conflicto con la vigencia legal”.

³⁴⁰ “La normatividad metajurídica, si bien puede ser apreciada con corrección por el juzgador, se desvanece casi totalmente frente a los ojos del obligado —que convive normativamente pero que carece de la suficiente intuición jurídica como para captar la vigencia axiológica de su autolimitación —; [...]”.

Como bem destacado por Pinheiro (1983, p. 125), a crítica de Menezes Cordeiro ao axiologismo formal, não por coincidência, associa-se à sua fundamentação do abuso na boa-fé objetiva — a qual, na cultura alemã, não só é profundamente dogmatizada, mas tida como um “desenvolvimento *contra legem* do Direito excedente à lei, porém *intra ius*” (KNÖDLER, 2000, p. 191, tradução nossa³⁴¹) — o que se adéqua perfeitamente à ‘nova concepção de juridicidade’, não esgotável nas leis (e nos costumes positivados). A posição do jurista português, contudo, não pode tornar definitiva a associação específica entre abuso e boa-fé objetiva, mas sim outra, geral, entre abuso e uma (a boa-fé objetiva ou outra que atenda aos mesmos requisitos) consideração axiológica sistematizadora.

Isso é muito importante, porque o próprio Menezes Cordeiro (1983, p. 1231-1232) propõe a dispensa da abordagem do desvio de finalidade (“‘função social e económica’ dos direitos”) em favor da apuração, “face a cada situação, [de] até onde vai espaço de liberdade concedido pela ordem jurídica”. Essa limitação pode ser dada sim pela boa-fé objetiva (e, ainda que ele os rejeite, também pelos bons costumes), mas o próprio português admite uma dogmatização da extensão do conteúdo de liberdade jurídica de cada direito (‘dogmatização do âmbito normativo’).

Somente com uma reformulação radical, a abordagem finalista (e, na sua linha, também a axiologista) definitória do *abus* serviria para fundamentar, com parâmetros jurídicos, o abuso. Nessa nova elaboração, a ideia de finalidade (ou de valor subjacente) teria que servir tão somente como “metáfora para a questão, de se certas formas de comportamento devem ou não ser cobertas pela norma [jurídica]”. Assim, deve-se ir além da perquirição sobre o aceitar-se ou não o resultado de determinada interpretação do texto, exigindo-se que se explique “por que um resultado [de ‘interpretação em abstrato’] contradiz o ‘sistema de valores normativos’” (KUDLICH, 1998, p. 95-96, tradução nossa³⁴²). O tema voltará a ser tratado na Seção 4.3.2.1.

³⁴¹ “Die Lehre vom Rechtsmißbrauch wird, soweit sie überhaupt Gegenstand der Methodenlehre ist, als Konkretisierung des rechtsethischen Prinzips von Treu und Glauben betrachtet, die eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung *contra legem*, aber *intra ius* darstellt”.

³⁴² “Dabei muß man sich zwar vergegenwärtigen, daß die Begriffe des ‚Zwecks‘ bzw. der ‚Zweckwidrigkeit‘ als eigenständige Kategorie insoweit problematisch sind, als sie die (in ihrer Richtigkeit zweifelhafte) Assoziation fördern könnten, aus dem Normtext ergäben sich ein eindeutiger Zweck und seine Grenzen. Als Metapher für die Frage, ob von der Norm bestimmte Verhaltensformen gedeckt sein sollen oder nicht, kann der durchaus gängige Begriff vom Zweck der Norm (und entsprechend auch von der Zweckwidrigkeit) jedoch sicher verwendet werden: Das allgemeine Mißbrauchsverbot ist damit eine verkürzte Metapher für die (z.B. systematischen, historischen etc.) Argumente, die für eine Ausnahme von der grundsätzlich geltenden Regel sprechen und sich zwar gegen die enge Wortlautgrenze des klassischen Auslegungsverständnisses nicht

1.3.1.3 Abordagem da desproporção entre vantagens e prejuízos

Como já afirmado nesta tese (Seção 1.1.1), a origem das doutrinas de *abus de droit* encontra-se nas culturas jurídicas francesa e belga. As doutrinas francesas já foram bastante analisadas, mas pouco se disse sobre o ‘braço’ belga.

Um dos civilistas pioneiros nas doutrinas do *abus* foi o belga Lucien Campion (1925, p. 180), que caracterizou o abuso como quebra do equilíbrio dos interesses em presença. Essa posição de Campion, muito desviante da mediatriz das doutrinas do abuso, foi resgatada pela abordagem que se convencionou chamar de desproporção entre vantagens e prejuízos — ou, ao menos, os belgas têm-na utilizado para legitimar uma nova doutrina singular, o que se percebe claramente em Thierry Léonard (2004, p. 822).

Uma abordagem singular da Bélgica não seria, *per se*, de interesse desta tese. No entanto, o trabalho de um belga, Walter Van Gerven (1992, p. 307 et seq.) — um dos únicos que se dedicou a propor parâmetros de aferição do abuso de direitos fundamentais: o ‘princípio da proporcionalidade’ — colocou-a em foco. Não porque a desproporção entre vantagens e prejuízos confunda-se com a desproporcionalidade do direito público (como se verá adiante, na Seção 3.1.8, não se confunde), mas porque o trabalho de Van Gerven busca (indevidamente) promover um ‘salto’ da abordagem da desproporção para uma abordagem de aplicação no direito civil da proporcionalidade do direito público. Em sua esteira, por exemplo, Raluca Ionescu (2009, p. 361, tradução nossa, grifo nosso³⁴³) sustenta que “a teoria do abuso de direitos constitui, no direito privado, o corolário do princípio da proporcionalidade no direito público. Os critérios do princípio da proporcionalidade correspondem àqueles utilizados para valorar o abuso de um direito subjetivo”. Mais sutilmente, Léonard (2004, p. 816-817, tradução nossa³⁴⁴, grifo nosso), apenas pondo o pé na abordagem da desproporcionalidade, já avança para uma abordagem

durchsetzen können, auf Grund ihres Gewichts aber gleichwohl berücksichtigt werden. [...] Damit geht der Begriff des Rechtsmißbrauchs durchaus über den Befund hinausgeht, daß ,der Gesetzestext ein Ergebnis zeitigt, das man nicht haben will‘; ,nicht haben wollen‘ könnte man z.B. auch Ergebnisse, die dem Zweck der — allerdings rechtspolitisch mißbilligten — Gesetzeslage völlig entsprechen. Aufgabe des Rechtsanwenders ist es gerade darzulegen, weshalb ein Ergebnis dem ,normgewordenen Wertesystem‘ im o.g. Sinne widerspricht; daß dazu die Berufung auf den Begriff des Mißbrauchs nicht genügt, sollte selbstverständlich sein; erforderlich ist vielmehr eine argumentative Begründung der Zweckwidrigkeit, die zu einer Rationalisierung des Mißbrauchsurteils führt”.

³⁴³ “En effet, du point de vue de l’‘osmose’ entre droit public et droit privé, la théorie de l’abus de droit constitue, en droit privé, le corollaire du principe de proportionnalité en droit public”.

³⁴⁴ “[...] la présomption d’intention de nuire ne peut réellement jouer qu’en cas de constatation d’absence de tout intérêt à exercer son droit. Si un intérêt légitime ou raisonnable existe, on en revient en effet à une pondération d’intérêts telle qu’exprimée dans le critère de proportionnalité”.

de ponderação de interesses: “Se houver um interesse legítimo ou razoável [do titular de um direito subjetivo], retrocede-se a uma *ponderação de interesses, conforme exposto no critério de proporcionalidade*”.

A *Cour de Cassation* belga tem uma jurisprudência bastante sólida sobre o abuso de direitos: há o critério genérico (excesso aos limites do exercício normal por pessoa prudente e diligente) e os critérios específicos (exclusiva intencionalidade danosa; escolha do meio mais prejudicial de exercício; exercício sem interesse razoável e suficiente causando danos evitáveis; desproporcionalidade entre vantagens e prejuízos; e desrespeito às legítimas expectativas (*Verwirkung*))³⁴⁵ (ZUYLEN, 2011, p. 290 et seq.). Vê-se, assim, que a abordagem do desvio de finalidade — característica das doutrinas francesas — não tem papel primariamente destacado no Direito belga (IONESCU, 2009, p. 328), muito embora não seja totalmente desconhecida pelos tribunais daquele país (BAZIER, 2012, p. 394-395).

Dentre os ‘critérios específicos’, o de desproporção entre vantagens e prejuízos é o mais utilizado na jurisprudência belga (IONESCU, 2009, p. 328). Ele foi assim formulado pela *Cour de Cassation*, no *arrêt* F-19871119-11 (7904) (19 nov. 1987): “Pode haver abuso de direito quando um direito é exercido sem um interesse razoável e suficiente, em particular *quando o prejuízo causado é desproporcional à vantagem procurada ou obtida pelo titular do direito*” (BÉLGICA, 1987, tradução nossa³⁴⁶, grifo nosso).

É importante destacar que esses ‘critérios específicos’ são, na prática, definitórios — i. é: são axiomáticos ou axiomáticamente agrupados sem pretensão sistematizadora aberta, especialmente pela própria jurisprudência. A cultura belga, tanto quanto a francesa, é dada a formulações centrais: sua doutrina é de *abus*, não de *unzulässige Rechtsausübung*.

A caracterização do abuso como desproporção entre vantagens e prejuízos é tida como uma “derivação” da boa-fé (IONESCU, 2009, p. 334; ZUYLEN, 2011, p. 295) — mas atenção: não necessariamente da boa-fé objetiva sistematizada da cultura jurídica alemã, podendo-se também deduzir de uma boa-fé axiomática³⁴⁷ (ZUYLEN, 2011, p. 295).

³⁴⁵ A relação entre os critérios genérico e específicos não é suficientemente clara: sempre que a *Cour de Cassation* identifica um dos critérios específicos, entende ter ocorrido o ‘excesso’ do critério genérico; mas algumas vezes apenas o critério genérico é aplicado, constatando-se abuso (LÉONARD, 2004, p. 768).

³⁴⁶ “*Il peut y avoir abus de droit lorsqu’un droit est exercé sans intérêt raisonnable et suffisant, notamment lorsque le préjudice causé aux tiers est sans proportion avec l’avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit*”.

³⁴⁷ O que se entende por ‘boa-fé axiomática’ pode ser compreendido no texto de Vito Velluzzi (2010, p. 86 [nota de rodapé 58], tradução nossa): “o processo interpretativo correria o risco de concluir com a substituição de

Isso fica evidenciado no *arrêt* RG 9083, da *Cour de Cassation* (30 jan. 1992), em que se concluiu que o autor “buscava vantagens que estavam fora de qualquer proporção com os sacrifícios exigidos ao réu e [...], consequentemente, tinha procurado desta forma obter um benefício injustificável”. Por que injustificável? Porque “violava o princípio da execução dos acordos de boa-fé” (BÉLGICA, 1992, tradução nossa³⁴⁸). A ‘boa-fé’ funciona, aqui, de maneira definitiva (quicá meramente retórica³⁴⁹), não sistematizadora. Há, mesmo, uma mistura entre boa-fé e desvio de finalidade na mesma abordagem: para Jean Zuylen (2011, p. 295, tradução nossa³⁵⁰), o abuso seria caracterizado pelo desvio do

um termo indeterminado (por exemplo, boa-fé) por outro igualmente indeterminado (por exemplo, correção), resolvendo o todo em uma tautologia. Isso é o que acontece quando a jurisprudência explica o abuso de direitos em termos de violação da boa-fé objetiva, sem acrescentar algo mais [*il processo interpretativo rischierebbe di concludersi con la sostituzione di un termine indeterminato (ad esempio buona fede) con un altro altrettanto indeterminato (ad esempio correttezza), risolvendosi il tutto in una tautologia. È quanto accade allorquando la giurisprudenza spiega l'abuso del diritto in termini di violazione della buona fede oggettiva, senza aggiungere altro*]. Muito embora Velluzzi reconheça acertadamente a necessidade de um “algo mais”, ele não conecta a justificação desse “algo mais” a uma dogmática de grupos de casos (na verdade, ele nem mesmo indica como poderia ser feita essa justificação) — o que faz com que seu trabalho não tenha valor além do de contestação à utilização idiossincrática das cláusulas gerais. Annekatrien Lenaerts (2010, p. 1126, tradução nossa) observa que, na França e na Bélgica (“tradição de *civil law* baseada no abuso [*abuse-based Civil Law traditions*]”), a boa-fé não fornece esse “algo mais” a que se refere Velluzzi; ao contrário: “a função limitativa da boa-fé meramente se aplica se um dos critérios para a proibição de abuso for atendido. Assim, nestes sistemas jurídicos, a função limitativa da boa-fé é totalmente assimilada ao princípio geral da proibição de abuso de direitos [*the limitative function of good faith merely applies if one of the criteria for the prohibition of abuse is fulfilled. Thus, in these legal systems, the limitative function of good faith is fully assimilated with the general principle of the prohibition of abuse of rights*]”. Já na Alemanha, Grécia, Holanda e Portugal, a boa-fé tem uma “função moderna, mais geral e autônoma” (no original: “*from the perspective of the reasonableness and fairness-based Civil Law traditions (Germany, Greece, the Netherlands, and Portugal), [...] the prohibition of abuse of rights is equally considered as one of the applications of the more general and autonomous moderating function of good faith*”) (LENAERTS, 2010, p. 1151-1152, tradução nossa).

³⁴⁸ “[...] si le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, consacré par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, interdit à une partie à un contrat d'abuser des droits que lui confère celui-ci, pareil abus suppose que lorsque cette partie use, dans son seul intérêt, d'un droit qu'elle puise dans la convention, elle en retire un avantage disproportionné à la charge corrélatrice de l'autre partie [...] la cour d'appel a, ainsi qu'il apparaît des énonciations qui précèdent, rejeté l'application de cette stipulation contractuelle au motif que dans les circonstances de la cause, cette application violait le principe de l'exécution de bonne foi des conventions”.

³⁴⁹ Adentra-se, com o termo, em um terreno filosoficamente ‘pantanosos’. Na filosofia jurídica, Neil MacCormick (2008, p. 24) destaca que: “Onde quer que exista um processo público de argumentação, lá estará a retórica”. Chaïm Perelman (1996, p. 553) chega a destacar que o Direito é o próprio ‘berço’ da retórica. Com esse sentido — que remonta a Aristóteles, Cícero e Quintiliano (ALEXY, 2017, p. 156) —, não seria apropriado falar-se de algo no Direito como ‘mera retórica’. Para que isso seja legítimo, é necessário distinguirem-se o potencial de persuasão de um argumento e a sua adequação aos ditames da racionalidade prática (MACCORMICK, 2008, p. 26) — ou, na linguagem de Perelman, entre persuasão (eficácia psicológica) e convencimento (validade metódica) (ALEXY, 2017, p. 156-157). Com isso, torna-se possível fazer referência à ‘mera retórica’ como aquela que persuade, mas de maneira irracional (ametódica). Um exemplo do uso jurisprudencial do termo ‘retórica’ com este sentido de ‘mera retórica’ encontra-se no voto do Min. Dias Toffoli no julgamento, pelo Tribunal Pleno do STF, da ADI 4451 MC-REF (2 set. 2010, rel. Min. Ayres Britto): “O presente caso, Senhores Ministros, tem a oportunidade de nos permitir fazer o inadiável debate sobre o método e a técnica de restrição de direitos fundamentais. Não pode a Corte simplesmente criar uma metodologia baseada em afirmações solenes e em juízos morais carregados de retórica, mas que não revelam a transparência dos motivos reais de suas próprias conclusões” (BRASIL, 2012g, grifo nosso). O quanto a ‘nova retórica’ do Direito provê de parâmetros racionais é algo que se verá na Seção 3.1.

³⁵⁰ “[...] abuse de son droit celui qui détourne l'exercice d'un droit fonction de la finalité économique et sociale déterminée qui lui est assignée par le législateur ou par une disposition contractuelle”.

exercício em relação à “finalidade econômica e social específica que lhe foi atribuída pelo legislador ou por uma disposição contratual” (desvio de finalidade), o que seria revelado pela violação à boa-fé (ZUYLEN, 2011, p. 344).

A despeito de ser apenas um dentre os ‘critérios específicos’ de abuso, Thierry Léonard (2004, p. 840, tradução nossa³⁵¹) entende que pode ser feita uma revisão da lista de critérios, admitindo-se como abusos apenas “aqueles que são assimiláveis ao critério de proporcionalidade”. Na prática, isso é para que o abuso torne-se o que o autor acha que o abuso deveria ser, porque os atuais “critérios específicos para o abuso de direitos não coincidem com o conceito de *faute*” (LÉONARD, 2004, p. 797, tradução nossa³⁵²). O que mais deve chamar a atenção, no entanto, é que Léonard (2004, p. 843 et seq.) explicita, em seu “raciocínio do juiz no caso de abuso de direitos”, que, depois da identificação do direito subjetivo em questão e do “interesse legítimo” em oposição (primeiro passo), e da constatação de licitude típica (segundo passo), e antes da aplicação dos critérios de responsabilidade civil (quarto passo), deverá ser realizada a verificação da eventual desproporcionalidade (terceiro passo):

Aqui, o juiz terá primeiro que *pesar cada interesse concreto que esteja em conflito*. Ele o fará determinando, quantitativa e qualitativamente, a vantagem obtida pelo titular do direito a partir de seu exercício e os danos resultantes para a vítima do suposto abuso. Para isso, *levará em conta o valor ou interesse geral reconhecido em nosso Direito positivo como transcendendo os interesses concretos em questão*. Em seguida, verificará se aparece uma desproporção entre os dois elementos retidos. (LÉONARD, 2004, p. 844, tradução nossa³⁵³, grifo nosso).

Como já dito, para Léonard (2004, p. 816, tradução nossa³⁵⁴), isso seria “uma ponderação de interesses, conforme expressa no critério de proporcionalidade”. O critério da desproporção entre vantagens e prejuízos transforma-se, assim, em critério da prevalência de interesse, aferido por ponderação.

Essa concepção de abuso como prevalência de interesse encontra, na literatura

³⁵¹ “[...] une révision de la liste des critères peut être raisonnablement effectuée. Seuls ceux qui sont assimilables au critère de proportionnalité révèlent des hypothèses réelles d’abus de droit”.

³⁵² “Les critères spécifiques retenus en matière d’abus de droit ne coïncident pas avec le concept de faute au sens du droit commun”.

³⁵³ “C’est dans la troisième étape que prendra place le contrôle de la disproportion. Le juge devra ici d’abord peser chaque intérêt concret qui s’oppose. Il le fera en déterminant, quantitativement et qualitativement, l’avantage retiré par le titulaire du droit de son exercice et le dommage qui en résulte pour la victime de l’abus prétendu. Il s’éclairera, pour ce faire, de la valeur ou de l’intérêt général reconnu dans notre droit positif comme transcendant les intérêts concrets en cause. Ensuite, il vérifiera si une disproportion apparaît entre les deux éléments retenus”.

³⁵⁴ “Si un intérêt légitime ou raisonnable existe, on en revient en effet à une pondération d’intérêts telle qu’exprimée dans le critère de proportionnalité”.

italiana, certo eco em Giorgio Pino (2006, p. 31 et seq., tradução nossa³⁵⁵, grifo nosso):

[...] a conduta “egoísta”, “caprichosa”, “anormal” etc. do titular do direito torna-se abusiva somente *se o sacrificio imposto à outra parte (um sacrificio que à primeira vista seria giustificado) se revelar sproporzional à vantagem fútil ou maliciosa do titolare* e, portanto, não encontrar mais nenhuma justificativa à luz de um ou mais dos critérios considerados como relevantes. Isto é verdade após a adoção de qualquer um dos critérios “objetivos” [...], exceto que, dependendo do critério específico adotado, as “coisas” que são pesadas ou equilibradas mudam: vantagens econômicas, razões morais, interesses (individuais e sociais), propósitos das instituições, princípios legais justificadores. *A proibição de abuso de direitos é assim resolvida na necessidade de o intérprete sopesar os interesses ou direitos ou princípios conflitantes (ou quaisquer outros).*

A grande questão que isso suscita é que, se for assim entendido³⁵⁶, o abuso será simplesmente resultado de um juízo de ponderação de interesses (ZUYLEN, 2011, p. 344). Neste caso, o discurso de abuso funcionaria como mera retórica, porque o caso concreto já teria sido resolvido por outro método (tratar-se disto na Seção 3.1.6). Isso é: inverte-se completamente a ideia original de Campion. Para este, por exemplo, a “intenção maliciosa é apenas um dos meios, mas um dos meios mais certos, de *revelar*, para benefício da parte lesada, uma *quebra de equilíbrio* que o juiz deve remediar” (CAMPION, 1925, p. 303, tradução nossa³⁵⁷, grifo nosso). O desequilíbrio, originalmente entendido, era o resultado de qualquer dos juízos reveladores de abuso; com Léonard (e Pino), passa a ser a causa do abuso.

A segunda questão é que se o desequilíbrio não é o resultado, mas a causa, ele próprio precisa ser justificado. E não há — ao menos Léonard não os apresenta — parâmetros de

³⁵⁵ “[...] la condotta ‘egoista’, ‘capricciosa’, ‘abnorme’, ecc., del titolare del diritto diventa abusiva solo se il sacrificio imposto alla controparte (sacrificio che sarebbe prima facie giustificato) risulta sproporzionato rispetto al futile o malizioso vantaggio del titolare, e pertanto non trova più alcuna giustificazione alla luce di uno o più dei criteri considerati come rilevanti. Ciò è vero in seguito all’adozione di uno qualunque dei criteri ‘oggettivi’ che abbiamo elencato sopra (mentre l’adozione di un criterio ‘soggettivo-intenzionale’, ha l’effetto di precludere una valutazione comparativa da parte del giudice degli interessi contrapposti: o vi è l’intenzione di nuocere o non vi è abuso del diritto, la logica è binaria), salvo che, a seconda dello specifico criterio adottato, cambiano le ‘cose’ che vengono soppesate o bilanciate: vantaggi economici, ragioni morali, interessi (individuali e sociali), scopi degli istituti, principi giuridici giustificativi. Il divieto di abuso del diritto si risolve quindi nella necessità, da parte dell’interprete, di bilanciare gli interessi o i diritti o i principi (o quant’altro) in conflitto”.

³⁵⁶ Já não assim em Claudia Schubert (2019 [§ 242, mg. 473 et seq.]), que sustenta explicitamente uma abordagem de ponderação de interesses para aferição da boa-fé objetiva, dentro da qual se devendo considerar eventual desproporcionalidade entre vantagens e prejuízos. Como ela própria destaca, uma intervenção corretiva fundamentada na boa-fé objetiva (portanto em *unzulässige Rechtsausübung*) somente pode ocorrer se se tratar de “caso de iniquidade percebida como grosseira e intolerável” (no original: “*Ein korrigierender Eingriff in rechtsgeschäftlich oder gesetzlich begründete Rechte und Rechtspositionen ist grundsätzlich versagt, es sei denn, es handelt sich um eine als grob und unerträglich empfundene Unbilligkeit*”) (SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 461], tradução nossa). A forma de descobrir-se o limiar de tolerância é a formulação de grupos de casos, extensamente tratados por Schubert. Posição idêntica: LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 221].

³⁵⁷ “*L’intention méchante n’est qu’un des moyens mais un des moyens les plus certains, de révéler au profit de la partie lésée une rupture d’équilibre que le juge doit réparer*”.

aferição da desproporcionalidade (ou, em sua concepção, os parâmetros para “ponderação de interesses”).

Por fim, esta abordagem da prevalência de interesse acaba por eliminar a noção do abuso. Como se viu acima, o abuso pressupõe uma presunção de licitude decorrente da proteção conferida pelo direito subjetivo (proteção legal). O que o abuso faz é colocar, prevalecendo sobre ela, um “verdadeiro Direito”, que retira a proteção no caso concreto (GENTILI, 2012, p. 313, tradução nossa³⁵⁸). Para que se possa falar em abuso, portanto, ‘interesses’ positivamente protegidos têm que ser presumidos mais valiosos que ‘interesses’ não positivamente protegidos: há uma presunção de legitimidade no exercício de direitos subjetivos. Ao remeter tudo à ‘ponderação de interesses’, esta abordagem elimina a própria ideia de direito subjetivo. Isto fica claro, na seguinte explicação de Léonard (2004, p. 832-833, tradução nossa³⁵⁹, grifo nosso):

A teoria do abuso de direitos é entendida como estando ligada a um conflito entre o titular de um direito subjetivo e o titular de uma liberdade civil ou de um interesse legítimo. [...] A liberdade civil dá origem a um dever de consideração por parte de terceiros. [...] O titular do direito subjetivo não está isento deste dever no exercício de seu direito, mesmo que este dever seja limitado apenas pela implementação do modo particular de resolução de conflitos que é a proporcionalidade. [...] A reunião do dever de respeito decorrente da aplicabilidade do direito subjetivo e do dever de levar em conta o interesse de outros, sejam eles qualificados ou não como liberdades civis, é resolvida pela implementação do modo específico de resolução que é a proporcionalidade.

Nessa equação, não há parâmetros para ilidir-se a presunção de legitimidade favorável ao exercício do direito subjetivo (parâmetros de abuso). Ao contrário: na prática, só é reconhecido um direito subjetivo se o interesse do (suposto) titular for “socialmente útil” — as palavras são de Léonard (2004, p. 823, tradução nossa³⁶⁰) —; se o interesse socialmente mais útil for o da pessoa que se opõe a um determinado comportamento do (suposto) titular, não há direito nenhum, ainda que, do texto normativo, possa-se extrair uma permissão ‘em abstrato’ para o comportamento. Neste contexto, é irrelevante a decisão do Estado-legislador que concedeu o direito subjetivo, porque ela terá que ser

³⁵⁸ “‘vero’ diritto”.

³⁵⁹ “La théorie de l’abus de droit se comprend comme liée à un conflit opposant le titulaire d’un droit subjectif au titulaire d’une liberté civile ou au porteur d’un intérêt légitime. [...] La liberté civile [...] fait naître un devoir de prise en compte par les tiers. [...] Le titulaire du droit subjectif n’échappe pas à ce devoir dans l’exercice de son droit, même si ce devoir ne sera porteur d’une limitation que par le biais de la mise en œuvre du mode de résolution de conflit particulier qu’est la proportionnalité. [...] La rencontre du devoir de respect naissant de l’opposabilité du droit subjectif et des devoirs de prise en compte de l’intérêt d’autrui qualifié ou non de liberté civile se résout par la mise en œuvre du mode de résolution spécifique qu’est la proportionnalité [...]”.

³⁶⁰ “Dès lors que le titulaire du droit se défend contre une attaque d’un tiers en invoquant son droit, il ne fait en réalité que demander la protection de la faculté exercée et de l’intérêt qu’il a à son exercice. Cependant, cette protection ne peut être accordée que si elle est socialement utile”.

revista por quem dá a palavra final sobre a ‘utilidade social’: o juiz.

Lorenz Kähler (2022 [§ 242, mg. 235-248]) é certamente um dos maiores críticos do discurso de abuso como desproporcionalidade, seja ele fundamentado em um (suposto) desenvolvimento do próprio direito civil — como é o discutido aqui —, seja ele decorrente do reconhecimento da eficácia entre particulares dos direitos fundamentais — aplicando-se por consequência os instrumentos daquele âmbito no direito civil. A despeito de longa, é válida a citação da integralidade do seu pensamento:

A falta de vinculação dos privados à máxima da proporcionalidade demonstra-se quanto aos seus quatro elementos: em princípio, não está sujeito a teste jurídico se o objetivo de uma ação privada é legítimo, desde que isso não viole uma proibição legal. Estabelecer um objetivo ou mesmo agir sem objetivo fica a critério do indivíduo. Somente ele deve decidir que necessidade tem de um direito que lhe pertence. A adequação de um exercício de direito ou outras ações para alcançar os objetivos a ele associados são, em princípio, irrelevantes enquanto os meios permanecerem dentro do âmbito do Direito. Ao contrário da interferência do Estado na liberdade, mesmo a irracionalidade de uma ação não é suficiente para declará-la inadmissível. [...] O exercício dos direitos tampouco está sujeito à reserva de que seja ele necessário para atingir o objetivo associado. A forma como o credor usa seus direitos e a questão de se pode alcançar seus objetivos mais facilmente por outros meios podem ser deixadas em aberto. Ao contrário do que ocorre com o Estado, ele não precisa justificar-se. [...] *Acima de tudo, o exercício do direito não tem que ser proporcional em sentido estrito. Ao contrário: ter um direito significa poder exercê-lo, mesmo quando há pouco interesse em fazê-lo. Portanto os direitos não se extinguem simplesmente porque outra pessoa tem mais interesse neles do que o seu titular.* (KÄHLER, 2022 [§ 242, mg. 240], tradução nossa³⁶¹, grifo nosso).

É importante ressaltar, por fim, que quando Van Gerven (1992, *passim*) propõe a aplicação do ‘princípio da proporcionalidade’ como parâmetro de aferição do abuso de direitos fundamentais, ele, ao contrário de Léonard, não parte estritamente da imperiosidade da ponderação de interesses, mas da proporcionalidade como um todo. Esta não está necessariamente ligada àquela. À abordagem de Van Gerven, ainda se retornará

³⁶¹ “Die fehlende Bindung Privater an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zeigt sich an allen seinen vier Elementen: Es unterliegt grundsätzlich keiner rechtlichen Prüfung, ob das Ziel einer privaten Handlung legitim ist, solange dieses nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Ein Ziel zu setzen oder auch ziellos zu handeln steht im Belieben des Einzelnen. Er allein soll entscheiden, welchen Bedarf er an einem ihm gehörenden Recht hat. Die Eignung einer Rechtsausübung oder sonstiger Handlungen zur Erreichung der damit verbundenen Ziele ist grundsätzlich irrelevant, solange die Mittel im Rahmen des Rechts bleiben. Anders als bei staatlichen Freiheitseingriffen genügt selbst die Irrationalität einer Handlung nicht, um sie für unzulässig zu erklären. Wer etwa mit dem Verkauf eines Gemäldes einen hohen Wertzuwachs zu erzielen meint, ist selbst dann an den Vertrag gebunden, wenn das Geschäft dazu aufgrund der niedrigeren Marktpreise eindeutig ungeeignet ist. Die Rechtsausübung steht zudem nicht unter dem Vorbehalt, dass sie zur Erreichung des damit verbundenen Ziels erforderlich ist. Wozu der Gläubiger seine Rechte verwendet und ob er seine Ziele leichter auf andere Weise zu erreichen vermag, kann offenbleiben. Anders als der Staat muss er sich dafür nicht rechtfertigen. Wer sich gegen übermäßigen Lärm eines Nachbarn wendet, muss sich nicht vorhalten lassen, er könne seine Fenster schließen. Vor allem muss die Rechtsausübung nicht angemessen erfolgen. Ein Recht zu haben bedeutet vielmehr, von ihm auch dann Gebrauch machen zu können, wenn das Interesse daran gering ist. Rechte gehen daher nicht bereits dadurch unter, dass ein anderer an ihnen ein größeres Interesse als der Rechtsinhaber hat”.

especificamente nesta tese (Seção 3.1.8).

1.3.2 A tradição alemã de *unzulässige Rechtsausübung*

Outra linha (de)limitadora dos direitos subjetivos desenvolveu-se em paralelo na Alemanha (*exceptio doli generalis*), no final do século XIX (MENEZES CORDEIRO, 2014 [§ 8°]; RANIERI, 2009b), aprimorando-se a partir do início do século XX.

O BGB havia entrado em vigor há menos de uma década quando o *Reichsgericht*, em 3 de dezembro de 1909, declarou ilícita a proibição imposta por pai a filho, de visita ao túmulo da mãe em dias festivos. A sepultura situava-se dentro de imóvel de domínio do pai, mas se considerou que o direito de propriedade não autorizava a imposição de uma proibição absoluta de ingresso no local (ALEMANHA, 1909b). Tratava-se, então, de (suposta) aplicação da proibição da chicana, um núcleo restritíssimo do que, na França, desenvolvia-se como doutrinas de *abus*.

Com inspiração na tradição francesa (FLEISCHER, 2003, p. 865), a partir de um complexo debate doutrinário na década de 1930, a tradição jurisprudencial alemã da *exceptio doli* — muito utilizada pelos tribunais a partir de 1879 (HAFERKAMP, 2000, p. 10) — foi primeiramente substituída pela doutrina de *Rechtsmißbrauch* de Wolfgang Siebert (sobre isto, Seção 1.3.1.2.3) e posteriormente paulatinamente trocada³⁶² (com contribuição decisiva do próprio Siebert) pelas doutrinas do *allgemeine Verbot unzulässiger Rechtsausübung* (EICHENHOFER, 2019, p. 113, p. 152), intimamente associadas às doutrinas da *Treu und Glauben* (mais tarde traduzida como boa-fé objetiva) e dos *gute Sitten* (bons costumes) — que podem ser qualificadas como o mais influente “contraprojeto” às doutrinas do *abus* (EICHENHOFER, 2019, p. 3, tradução nossa³⁶³).

As tradições franco-belga de *abus* (intencionalidade danosa e desvio de finalidade) e alemã de *unzulässige Rechtsausübung* (violações à boa-fé objetiva e aos bons costumes) formam o conjunto das quatro principais abordagens das doutrinas civilistas de abuso.

A despeito de, na origem (com Siebert I), a expressão *unzulässige Rechtsausübung* ter sido usada de forma intercambiável com o termo *Rechtsmißbrauch*, ela passou,

³⁶² Franz Wieacker (1977, p. 59) trata a *exceptio doli* como concepção atualmente “antiquada” de *unzulässige Rechtsausübung*.

³⁶³ “Das deutsche Recht ist von besonderem Interesse, weil es den wohl einflussreichsten Gegenentwurf zur französischen théorie de l’abus de droit hervorgebracht hat”.

especialmente após 1945³⁶⁴, a referir-se a diversas abordagens³⁶⁵ que — ao contrário das definitórias do *abus* — adotam a via juscientífica sistematizadora (KÄHLER, 2022 [§ 242, mg. 826]; KUHN, 2007, p. 120; MENEZES CORDEIRO, 2005). Elke Wiedmann coloca muito claramente a dependência entre uma abordagem sistematizadora e o desenvolvimento das doutrinas de abuso propriamente alemães:

Enquanto no direito romano a abordagem casuística da Ciência Jurídica ainda impedia uma sistemática clara, nos tempos da ALR já era reconhecível uma forte sistematização, sem, no entanto, poder-se falar de uma *genuína teoria de abuso*. Isto só se desenvolveu sob o Código Civil e graças a uma Ciência Jurídica trabalhadora da sistemática. (WIEDMANN, 2002, p. 30, tradução nossa³⁶⁶, grifo nosso).

A principal das implicações desse caminho sistematizador é a necessidade de dogmatização da noção, o que pressupõe a busca de parâmetros jurídicos de aferição do abuso. Lars Böttcher (2020 [§ 242, mg. 105], tradução nossa³⁶⁷) deixa isso muito claro, no *Erman Kommentar*: “Na aplicação do princípio do *unzulässige Rechtsausübung*, desenvolveram-se grupos de casos singulares, cuja estruturação remonta à práxis do tempo dos tribunais imperiais [...] e ainda a épocas anteriores”. Assim, a tradição alemã de *unzulässige Rechtsausübung* caracteriza-se fortemente pelo objetivo de traçar linhas sistematizadas de desenvolvimento dogmático de grupos de casos (SUTSCHET, 2022 [§ 242, mg. 29]; WILHELMI, 2020 [§ 826, mg. 5]) — com pretensões de previsibilidade —, ao contrário das de *abus*, que se dedicam a construir, conceitual e ideologicamente, um princípio jurídico axiomáticamente aplicável a todos os casos (EICHENHOFER, 2019, p. 235-236).

Essa tradição alemã está intrinsecamente relacionada ao modelo de apresentação dos *Kommentare* (especialmente ao BGB, mas também à Lei Fundamental e a várias leis), tipicamente germânico. Antes de 1945, os *Kommentare* apenas catalogavam decisões

³⁶⁴ Lorenz Kähler (2022 [§ 242, mg. 866], tradução nossa) considera que: “É um dos paradoxos da história jurídica alemã que uma doutrina cética à dogmática, tanto em suas origens quanto em suas máximas, tenha promovido consideravelmente o desenvolvimento da dogmática [*Es gehört zu den Paradoxien deutscher Rechtsgeschichte, dass eine im Ausgang wie in den Grundsätzen dogmatikskeptische Lehre die Entwicklung der Dogmatik erheblich befördert hat*]”.

³⁶⁵ É controverso se é conveniente adotar-se uma ‘etiqueta’ única de *unzulässige Rechtsausübung* para as abordagens diversas. Lorenz Kähler (2022 [§ 242, mg. 867]), por exemplo, entende que lhe falta a especificação necessária. No Brasil — assim como na Grécia e em Portugal — diversas abordagens foram reunidas sob a ‘etiqueta’ (art. 187 do Código Civil), o que torna o debate inócuo.

³⁶⁶ “*Während im Römischen Recht das kasuistische Vorgehen der Jurisprudenz eine klare Systematik noch verhinderte, war zu Zeiten des Allgemeinen Preußischen Landrechts bereits eine starke Systematisierung zu erkennen, ohne jedoch von einer echten Missbrauchstheorie sprechen zu können. Diese entwickelte sich erst unter Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches und Dank einer systematisch arbeitenden Rechtswissenschaft*”.

³⁶⁷ “*Bei der Anwendung des Grundsatzes der unzulässigen Rechtsausübung haben sich einzelne Fallgruppen herausgebildet, deren Strukturierung auf die Zeit reichsgerichtlicher Praxis (s RGZ 160, 349, 357f) und auch auf Zeiten davor zurückgeht*”.

judiciais de abuso de direito, sem proporem um sistema minimamente coerente³⁶⁸ (LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 64]; DOVE, HAFERKAMP, 2007, p. 299). Após a queda da Alemanha na Segunda Guerra Mundial (e, por consequência, a queda do regime nazista), a literatura, especialmente nos *Kommentare*, empenhou-se em controlar a aplicação das cláusulas gerais por meio da formulação dogmática de grupos de casos³⁶⁹ (LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 82-86]). Isso não era novidade para a cultura jurídica germânica³⁷⁰, acostumada já há muito a lidar com a casuística do direito romano ainda tardiamente vigente (DOVE, HAFERKAMP, 2007, p. 335).

Um reforço relevante a esse novo modelo de tratamento das cláusulas gerais decorreu da obra de Josef Esser e sua tentativa de integrar as decisões judiciais em um “discurso racional-dogmático” (DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 351, tradução nossa³⁷¹). Como se verá com bem maior aprofundamento na Seção 4.2, a teoria e a metódica de Esser são imprescindíveis para uma correta utilização do discurso de abuso.

Curiosamente, essa mudança para o modelo hoje prevalecente de grupos de casos é atribuída a Wolfgang Siebert (em sua segunda fase: Siebert II), além de a Franz Wieacker (DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 351; HAFERKAMP, 2003b, p. 1057). A partir de sua formulação de grupos de casos de aplicação do § 242 do BGB, no *Soergel Kommentar*,

³⁶⁸ Desde 1800 (com o início da publicação dos motivos das decisões judiciais), já havia, no entanto, uma pretensão dogmática de constrangimento dos juízes, uma tentativa de impedir ao menos a ‘justiça do cádi’ (DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 332, tradução nossa): “Tradicionalmente, utilizava-se a formação de grupos de casos para fazer a judicatura olhar sua própria decisão prévia [*Traditionell nutzte man Fallgruppenbildungen, um der Judikatur die eigene Vorentscheidung mahnend vorzuhalten*]” (DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 362, tradução nossa).

³⁶⁹ Dirk Looschelders e Dirk Olzen (2019 [§ 242, mg. 84]) citam o vertiginoso crescimento dos comentários ao § 242 no *Staudinger Kommentar* — onde eles próprios escrevem —: o número de páginas aumentou de 224 (em 1941) para mais de 1500 (na edição de 1961).

³⁷⁰ A formulação de grupo de casos, bastante característica da tradição jurídica germânica, não é uma inovação cultural contemporânea. Rolf Stürner e Ralf Seinecke (2017, p. 49, tradução nossa) apontam que o “antigo método de comparação de casos [...] sempre foi o cerne da jurisprudência” (no original: “*Immer werden neue Fälle und positivrechtliche Lösungen miteinander verglichen, ein allgemeiner Bezugspunkt gebildet und auf Gleichbehandlung (a simile) oder Ungleichbehandlung (a non simile vel e contrario) geschlossen. Das ist die uralte Methode des Fallvergleichs, die seit jeher der Kern der Jurisprudenz war*”). Antônio Castanheira Neves (1993, p. 269), um germanófilo, observa que: “A analogia é elemento da interpretação, porquanto é pelo confronto prático-normativo dos casos (os casos que se sabem já abrangidos pela norma com os novos casos dúbios) que continuamente se pode, não só atingir a valoração fundamendante da norma, como compreender o exacto alcance da sua intencionalidade normativa”. Acresce, ainda, que o direito romano “teve fundamentalmente uma base analógica”, sob a qualificação aristotélica de “paradigma” (traduzida como “*exemplum*” pelos escolásticos) (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 239-240). Stürner (2012, p. 13) relata que esse modo de pensar comparativo remete precisamente ao direito romano, mas ali havia a formulação de grupos de casos não muito claros. A autenticidade da cultura alemã está na delimitação dogmática, da maneira mais clara possível, dos limites desses grupos de casos.

³⁷¹ “*Nun, besonders bei Esser verstärkt mit Blick auf angloamerikanische Rationalisierungsstrategien, mehrten sich seit den fünfziger Jahren erneut die Versuche, §242 als Richterrecht zu begreifen und gleichwohl in einen dogmatisch-rationalen Diskurs einzubinden*”.

invariavelmente, nos comentários aos §§ 226, 242 e 826 — que juntos formam o “*Tatbestand* do abuso de direito” na Alemanha (RÖVEKAMP, 2022 [§ 226, mg. 1], tradução nossa³⁷²) —, há uma parte geral (análise das exigências do *Tatbestand*, histórico legislativo e de tratamento dogmático, âmbito de aplicação etc.) seguida de numerosos grupos de casos. Isso é, aliás, explicitamente refletido no MüKoBGB, ao abordar-se a “tarefa do comentário”³⁷³:

A avaliação científica e a preparação do material jurisprudencial, que surgiu no preenchimento do espaço de valoração e especialmente com referência a cláusulas gerais como o § 242, cumpre uma dupla finalidade: fornece à práxis jurídica modelos de tomada de decisão para adoção, e argumentos para um debate crítico e aprofundado. *Os tratados científicos sobre o § 242, em particular os comentários, são guiados pela autoimagem de realizar uma “triagem e ordenação interna da jurisprudência” e servir como uma ajuda para a tomada de decisões. [...] A este respeito, a segurança jurídica é aumentada pelo material casuístico que permite a comparação. A sistematização abstrata em um alto nível de abstração deve ser ilustrada por exemplos.* (SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 41-42], tradução nossa³⁷⁴, grifo nosso).

Releva observar que, muito embora sejam apontadas diversas outras funções das cláusulas gerais — preenchimento de lacunas, concretização de padrões de conduta, correção de interpretação (SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 136]) —, atualmente o enfoque da literatura é sobre a sua função limitativa³⁷⁵ — i. é: o abuso de direito (LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 213]).

1.3.2.1 Abordagem da proibição da chicana

O BGB, em seu § 226, proibiu a chicana: “O exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por finalidade infligir um dano a outrem” (ALEMANHA, 1896,

³⁷² “In der Judikatur erfolgt dabei nahezu durchweg keine konturscharfe Abgrenzung zu den weiter gefassten Generalklauseln — insbesondere zu §§ 242, 826; schikanöse, sittenwidrige und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößende Rechtsausübungen werden gleichermaßen unter dem Tatbestand des Rechtsmissbrauchs zusammengefasst”.

³⁷³ “Aufgabe der Kommentierung”.

³⁷⁴ “Die wissenschaftliche Auswertung und Aufbereitung des Rechtsprechungsmaterials, das in Ausfüllung der Wertungsspielräume und speziell unter Berufung auf Generalklauseln wie § 242 entstanden ist, erfüllt einen doppelten Zweck: Sie stellt der Rechtspraxis Entscheidungsmuster zur Übernahme und Argumente für eine kritisch-weiterführende Auseinandersetzung bereit. Wissenschaftlichen Abhandlungen zu § 242, insbesondere die Kommentierungen lassen sich von dem Selbstverständnis leiten, eine „Sichtung und innere Ordnung der Rechtsprechung“ zu bewerkstelligen und als Entscheidungshilfe zu dienen. [...] Die Rechtssicherheit wird insofern durch kasuistisches Material erhöht, das einen Vergleich ermöglicht. Abstrakte Systematisierung auf hoher Abstraktionsebene ist durch Beispiele zu veranschaulichen”.

³⁷⁵ Annekatrien Lenaerts (2010, p. 1146-1147, tradução nossa) acaba confundindo o plano das funções com o dos grupos de casos, intitulando *Fallgruppen* as funções de concretização (“*sinnngemässe Verwirklichung des Wertungsplanes*”), suplementação (“*Ergänzung des Wertungsplanes*”) e limitação (“*Korrektur des Gesetzesrechts*”). De todo modo, ela reconhece, ao final, que “a proibição de abuso de direitos é baseada em sua [da boa-fé objetiva] função limitativa [*the prohibition of abuse of rights is based on this limitative function*]”.

tradução nossa³⁷⁶, grifo nosso). Esse dispositivo é intitulado *Schikaneverbot* (proibição de chicana), e adota claramente uma abordagem objetivada³⁷⁷ de abuso³⁷⁸ por intencionalidade danosa (presume-se que, se não pode haver outro objetivo no exercício que não o de causar dano a outrem, a finalidade é a própria causação de dano) (HERRLER, 2019 [§ 826, mg. 21]).

Releva notar que, desde a ‘Alemanha’ medieval — a origem da proibição da chicana — essa objetivação da intencionalidade danosa desenvolveu-se a partir de “uma casuística de casos singulares, que tornou supérflua a prova da intenção de prejudicar” (HAFERKAMP, 2003b, p. 1037, tradução nossa³⁷⁹). Já em 1842 (antes, portanto, do BGB), reconhecia-se uma ‘pretensão de restituição de dano’³⁸⁰, fundamentada no ALR, no caso de “alguém *abusar* de seu direito, ou seja, dentre as várias formas possíveis de exercê-lo, escolher a que se tornou prejudicial ao outro com a intenção (claramente evidente pelas circunstâncias) que deveria ter este efeito” (BORNEMANN, 1842, p. 197, tradução nossa³⁸¹, grifo nosso).

Essa tradição foi continuada no § 226 do BGB, permitindo-se estigmatizar determinados comportamentos em “casos singulares” (RÖVEKAMP, 2022 [§ 226, mg. 21], tradução nossa³⁸²) — o que se mostra muito claramente nos grupos de casos de aplicação do § 226 sistematizados no MüKoBGB (GROTHER, 2021 [§ 226, mg. 6-11]) e no BeckOGK-BGB (RÖVEKAMP, 2022 [§ 226, mg. 37-75]). Em resumo: a cultura jurídica sistematizadora alemã mostra-se mais uma vez notadamente distinta da tradição francesa de *abus de droit*, que jamais esboçou algo do tipo quanto à abordagem de

³⁷⁶ “Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen”.

³⁷⁷ O marco dessa transição objetivadora, observada de modo geral na jurisprudência pré-BGB de *exceptio doli generalis*, é a virada do século XIX para o XX (DUVE; HAFAERKAMP, 2007, p. 305). Hans-Peter Haferkamp (2003b, p. 1035-1036) argumenta que o § 226 do BGB poderia ser interpretado de três modos: (1) exigindo que a parte lesada provasse a inexistência de outra finalidade que não a de infligir dano; (2) por meio de presunções; (3) concedendo-se ao juiz discricionariedade na valoração do comportamento. A interpretação prevalecente, ao menos a partir de 1945, foi a segunda.

³⁷⁸ É, aliás, um “caso de exercício abusivo de direito muito evidente (no original: “Die Norm umschreibt einen Fall ganz offensichtlich missbräuchlicher Rechtsausübung”) (RÖVEKAMP, 2022 [§ 226, mg. 1], tradução nossa).

³⁷⁹ “Nachfolgend entwickelte sich eine Kasuistik einzelner Fälle, welche den Nachweis der Schädigungsabsicht entbehrlich machten”.

³⁸⁰ ‘Schadensersatzanspruch’.

³⁸¹ “Nur wenn jemand sein Recht mißbraucht, d.h. unter mehreren möglichen Arten der Ausübung diejenige, welche dem Andern schädlich geworden, in der (aus den Umständen klar erhellenden) Absicht, daß sie diesen Erfolg haben sollte, gewählt hat, muß er den verursachten Schaden ersetzen”.

³⁸² “Ungeachtet dessen ermöglicht die Vorschrift es im Einzelfall, ein bestimmtes Verhalten mit dem Stigma der „böswillig bereiteten Schwierigkeit“ zu belegen, wodurch der zunehmend indifferenter gewordenen Einwand des Rechtsmissbrauchs argumentative Überzeugungskraft und Konturschärfe gewinnen kann”.

intencionalidade danosa.

No entanto, todo o rico desenvolvimento da dogmática alemã do *unzulässige Rechtsausübung* passaria despercebido ao leitor incauto do § 226 do BGB, porque o texto normativo tem campo de potencial aplicação restritíssimo³⁸³, por ser válido apenas para os comportamentos que ‘só tenham’ por objetivo infligir danos³⁸⁴.

Hans-Peter Haferkamp (1997 [mg. 13], tradução nossa³⁸⁵) anota que, mesmo antes do BGB, a questão da proibição de chicana já estava presente nos tribunais alemães, especialmente a partir dos anos 1870, mas não havia atingido significado prático em nenhum momento do século XIX, devido à “estreiteza do *Tatbestand*” do ALR: em toda a segunda metade daquele século, houve apenas dois casos de aplicação judicial. Menezes Cordeiro (1983, p. 690) observou que, na dogmática alemã, o § 226 do BGB tornou-se um dispositivo praticamente irrelevante³⁸⁶ — desde logo, a proibição da chicana situou-se à margem de um debate mais amplo sobre a inadmissibilidade do exercício dos direitos, inicialmente centrado na *exceptio doli generalis* (HAFERKAMP, 2003b, p. 1056).

Ainda assim, há um famoso julgamento do *Reichsgericht*, de 3 de dezembro de 1909, que supostamente aplicou norma construída a partir daí. Tratava-se da proibição imposta por pai a filho, de visita ao túmulo da mãe em dias festivos (a sepultura situava-se dentro dos limites do imóvel de domínio do pai). O Tribunal considerou que houve abuso (ALEMANHA, 1909b).

Wolfgang Siebert (1935, p. 192, tradução nossa³⁸⁷) observa que, a despeito de o julgamento ter passado a ser tratado como “caso escolar”, “a aplicação do § 226 teve que ser feita com um certo desrespeito pela redação daquela disposição, além do fato de que o § 226 por si só não é suficiente para justificá-lo aqui”. Isso é bem evidente: a proibição

³⁸³ Foi precisamente por esse campo ser restritíssimo, de pouco significado prático, que o dispositivo encontrou ambiente para ser aprovado, em meio a uma discussão sobre a absolutez dos direitos subjetivos (HAFERKAMP, 2003b, p. 1048).

³⁸⁴ Esta é uma constatação praticamente consensual: SIEBERT, 1935, p. 192; MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 690; HÜBER, 1995, p. 209-210 [mg. 409]; MÄDER, 1998; IONESCU, 2009, p. 331; SCHNEIDER, 2015, p. 31; LEIDNER, 2019, p. 108-109; WAGNER, E., 2020 [§ 226, mg. 5]; DEPPENKEMPER, 2021 [§ 242, mg. 2]; GROTHE, 2021 [§ 226, mg. 1]; SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 130]; HERRLER, 2019 [§ 826, mg. 9].

³⁸⁵ “*Es verwundert in diesem Zusammenhang nicht, daß sich ab den siebziger Jahren eine Verengung des Problems auf die Frage eines allgemeinen Schikaneverbotes, wie heute in § 226 BGB geregelt, feststellen läßt, obwohl, was den Beteiligten bewußt war, dieses bereits im 19. Jahrhundert wegen der Enge des Tatbestandes zu keiner Zeit größere praktische Bedeutung erlangt hatte*”.

³⁸⁶ Casos de aplicação concreta devem ser “procurados com a lupa [mit der Lupe suchen]” (HAFERKAMP, 2003b, p. 1058, tradução nossa).

³⁸⁷ “*Selbst bei diesem später vielfach als Schulfall behandelten Tatbestand mußte also die Anwendung des § 226 unter einer gewissen Nichtachtung des Wortlautes dieser Bestimmung erfolgen, ganz abgesehen davon, daß § 226 allein zur Begründung hier nicht ausreicht [...]*”.

de visita ao túmulo não tinha como ‘único propósito’ causar dano ao filho³⁸⁸ — a própria decisão ressalta que o pai “sofria de uma condição cardíaca grave” (ALEMANHA, 1909b, tradução nossa³⁸⁹), presumindo-se ser esse o motivo judicialmente aceito como verdadeiro para a proibição (GROHE, 2021 [§ 226, mg. 12]). A constatação é que o § 226 do BGB falha, porque não basta para explicar a doutrina do *unzulässige Rechtsausübung* (LOPEZ, 2010, p. 5).

Não por acaso, as doutrinas civilistas alemãs do abuso desenvolveram-se não a partir do texto normativo do § 226 (proibição da chicana)³⁹⁰, mas sim do dos §§ 242 e 826 (DEPPENKEMPER, 2021 [§ 226, mg. 1]; WAGNER, E., 2020 [§226, mg. 1]); SCHNEIDER, 2015, p. 31; HAFERKAMP, 2003b, p. 1036, p. 1056; SIEBERT, 1935, p. 198). Isso é: o fracasso da chicana prenunciou o surgimento de outros esquemas

³⁸⁸ No mesmo sentido: HERRLER, 2019 [§ 826, mg. 23]. Na literatura brasileira, isso é destacado por José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 98), que entende que o caso seria melhor qualificado como de abuso por violação aos bons costumes (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 106). O *Reichsgericht* chegou a fazer referência ao § 826 do BGB, que assim dispõe: “Quem, de uma maneira violadora dos bons costumes, causar dano a outrem está obrigado a reparar os danos causados [*Bei dem feindseligen Verhältnis der Parteien zueinander, und da er schwer herzleidend sei, sei sein Verhalten begreiflich, das des Klägers aber stelle sich als Schikane dar*]” (ALEMANHA, 1896, tradução nossa) — mas sua aplicação também é problemática, porque, por resolver-se sempre em indenização (o dispositivo trata de responsabilidade civil: “está obrigado a reparar os danos causados”), exige culpa (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 694). Também é relevante a remissão da Corte ao § 242: “O devedor é obrigado a executar a prestação da forma exigida pela boa-fé [*Treu und Glauben*], considerando os usos de tráfego [*Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet*]” (ALEMANHA, 1896, tradução nossa) — até porque a fundamentação na *Treu und Glauben* já era uma constante jurisprudencial muito antes do “natimorto” § 226 do BGB (PINHEIRO, 2002, p. 61-62). Nada obstante, o § 242 do BGB, em sua formulação textual, restringe-se ao direito das obrigações.

³⁸⁹ “*Bei dem feindseligen Verhältnis der Parteien zueinander, und da er schwer herzleidend sei, sei sein Verhalten begreiflich, das des Klägers aber stelle sich als Schikane dar*”.

³⁹⁰ Isso não significa que não houve nenhum desenvolvimento dogmático a partir do dispositivo proibitivo da chicana. Franz Wieacker (1977, p. 71-72, tradução nossa) explicitamente associa a doutrina do *Rechtsmißbrauch* ao § 226, e a do *unzulässige Rechtsausübung* ao § 242, concedendo-lhe “posto institucional independente [*Desde un punto de vista dogmático y de política jurídica es, sin embargo, recomendable dar al abuso del derechos un puesto institucional independiente entre los problemas fundamentales de Derecho privado*]”. Já Wolfgang Siebert (1935, p. 198, tradução nossa) conclui que, nas doutrinas alemãs do abuso, “o § 226 do código civil ainda pode prestar um bom serviço, mas [...] [os] principais elementos são fornecidos pelos §§ 826 e 242” (no original: “[...] *die echten Fälle der exceptio doli generalis dann am klarsten zu erfassen sind, wenn man aus ihnen eine Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung entwickelt, als deren einer systematischer Ansatzpunkt der § 226 BGB noch gute Dienste leisten kann, deren Hauptbestände aber die §§ 826 und 242 liefern [...]*”). Enxerga-se no § 226 ao menos a expressão da ideia de que nenhum direito existe sem um dever (HERRLER, 2019 [§ 826, mg. 11]), ou um “impulso para exercer contenção na aplicação do § 242 [*Die Vorschrift kann jedoch als Anstoß dazu dienen, sich gerade bei der Anwendung von § 242, dessen Entwicklung zur Zeit der Gesetzesentstehung offensichtlich nicht vorausgesehen worden war, zurückzuhalten: Immerhin ergibt sich aus § 226, dass nicht jeder unbilligen Rechtsverfolgung mit dem Arglistseinwand entgegengetreten werden kann*]”, ao denotar que nem todo comportamento iníquo é inadmissível (RÖVEKAMP, 2022 [§ 226, mg. 21]; GROTHE, 2021 [§ 226, mg. 1], tradução nossa). De todo modo, mesmo se analisados em conjunto, os §§ 226 (proibição da chicana), 242 (boa-fé objetiva nos contratos) e 826 (bons costumes) do BGB não refletem adequadamente a tradição de *unzulässige Rechtsausübung*, de longo desenvolvimento na Alemanha. Os textos normativos dos §§ 242 e 826 do BGB podem ter sido bons pontos de partida para uma profunda dogmática, mas não foram mais do que isso.

jurídicos de explicação do abuso (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 693; TULLIO, 2015, p. 18), como os da boa-fé do § 242³⁹¹ e dos bons costumes do § 826 — como será visto, adiante (Seções 1.3.2.2 e 1.3.2.3).

1.3.2.2 Abordagem da violação à boa-fé objetiva

O bloco intencionalidade danosa-desvio de finalidade forma uma coluna que pode ser remetida *grosso modo* à tradição francesa do *abus de droit*. A dogmática alemã, contudo, é pouco propensa a considerações abertamente funcionais — como sublinha José de Oliveira Ascensão (2006, p. 63). Sendo assim, a despeito de haver alguma recepção dessa doutrina na Alemanha — perceptível principalmente em Siebert I e na subsequente doutrina do abuso institucional (Seção 1.3.1.2.2) —, o que se viu ali foi o desenvolvimento de um tronco dogmaticamente autônomo (PINTER, 2016).

Especificamente quanto ao abuso como violação da boa-fé objetiva, importa investigar (1) de que modo esta abordagem difere-se das (e assemelha-se às) adotadas na tradição francesa do *abus*; e (2) como se concretiza esta cláusula geral. Além disso, importa referir-se ao (3) discurso de deveres, por meio do qual a boa-fé funcionaliza os direitos subjetivos.

A *allgemeine Verbot unzulässiger Rechtsausübung* (proibição geral de exercício inadmissível de direito) que se desenvolveu na Alemanha não tem praticamente nada do pensamento francês do *abus de droit* (RANIERI, 2009a, p. 1848; MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 684), muito embora ande “em paralelo” com ele — como afirmado pelo BGH em sua decisão III ZR 168/50 (BGHZ 3, 94) (12 jul. 1951) (ALEMANHA, 1951a).

As doutrinas alemãs de *unzulässige Rechtsausübung*, diferentemente de suas correlatas francesas, não adotaram a abordagem definitiva da finalidade dos direitos, mas a sistematizadora das cláusulas gerais (GALLWAS, 1967, p. 14; CORDEIRO, 1983, p. 704-705; PINHEIRO, 2002, p. 9).

As diferenças entre as tradições alemã e francesa são evidentes, e podem ser resumidas pela constatação de Adriana Kuhn (2007, p. 120): “na Alemanha, a via percorrida foi claramente a da Ciência do Direito, opondo-se, metodologicamente, ao que

³⁹¹ Ao ponto de afirmar-se que o § 226 do BGB tem apenas um campo residual de potencial aplicação, quando a relação jurídica não for ‘especial’ (*Sonderverbindung*), portanto não tratada pelo § 242 (SUTSCHET, 2022 [§ 242, mg. 36]). De todo modo, considera-se que o § 226 consagra um “*Tatbestand* de abuso qualificado [*qualifizierten Missbrauchstatbestand*]” (DENNHARDT, 2022 [§ 226], tradução nossa).

ocorreu na França, onde o abuso partia de considerações gerais, políticas ou sociais”. Isso tem muito a ver com a própria diferença entre as culturas jurídicas: um tanto perplexo, o *common lawyer* Harold Gutteridge (1933, p. 35, tradução nossa³⁹²) observou, na primeira metade do século XX, que as decisões de *abus* na França “difícilmente podem ser consideradas precedentes a serem seguidas no futuro”. Para António Menezes Cordeiro (2005), os juízos franceses condenatórios do abuso derivavam de referências a “actuações inúteis, danosas ou imorais; [...] o abuso dissolver-se-ia em decisões perdidas e sem estrutura alguma”.

Como destaca Pierre-Emmanuel Moyse (2012b, p. 22) — já agora sob ângulo favorável —, a doutrina francesa do *abus* preocupou-se muito em estabelecer princípios em termos bastante gerais, e muito pouco em buscar critérios concretamente aplicáveis. Em vez desse particularismo não sistematizável de decisões do *abus* (MOYSE, 2012b, p. 60), a doutrina alemã do *unzulässige Rechtsausübung* procura pautar-se em parâmetros tão objetivos quanto possíveis (PINHEIRO, 2002, p. 347). Quando Heloísa Carpena (2001, p. 75) afirma que a dogmática alemã encontrou uma “válvula” para penetração do elemento moral no Direito, certamente ressalva mentalmente que tal penetração dá-se metodicamente — ou sua constatação estaria longe de corresponder à realidade juscientífica da Alemanha.

Por outro lado, *abus* e *unzulässige Rechtsausübung* aproximam-se em dois aspectos, no que há de mais importante. O primeiro é a abordagem dos deveres: na boa-fé, reconhecem-se deveres adicionais às partes de uma ‘relação especial’, não extraíveis do Direito positivo ou do contrato (SUTSCHET, 2022 [§ 242, mg. 31]; KRAMME, 2021 [§ 242, mg. 68]) (esta questão é aprofundada adiante) — deveres cuja violação resulta na conclusão de *unzulässige Rechtsausübung* (SUTSCHET, 2022 [§ 242, mg. 40]). O segundo é que a boa-fé, adotada como parâmetro juscientífico de aferição da admissibilidade do exercício do direito (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 694-695), obriga o intérprete “a considerar de modo finalista os comportamentos que pretendam ocorrer em seu seio” (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 649): nas palavras de Fabrizio Piraino (2013, p. 125, tradução nossa³⁹³), a boa-fé objetiva aparece como “fonte do desvio”

³⁹² “It would seem that many of the decisions could be justified on grounds other than the theory of abuse, because the French law of civil wrongs is based on a general duty to refrain from doing harm, and a great many of them can hardly be regarded as precedents which will be followed in the future”.

³⁹³ “Ipostatizzare lo sviamento dall’interesse fornisce un criterio esaustivo che sembra rendere superfluo il ricorso alla buona fede ma ciò significa dimenticare la scaturigine dello sviamento, rappresentata proprio dal precetto di buona fede [...]”.

de finalidade. Portanto *abus* e *unzulässige Rechtsausübung*³⁹⁴ são doutrinas de consideração finalista — muito embora divirjam profundamente na dogmática.

Como visto acima, a adoção de uma consideração finalista implica dificuldades que a doutrina francesa do *abus* nem mesmo procurou resolver (quem determina os fins dos direitos?; qual a justificação dessa determinação?). E a autorização ao juiz para simples remissão à metajuridicidade como mecanismo de ‘correção’ do Direito enseja problemas ainda mais graves, de controlabilidade das decisões judiciais utilizadoras do discurso de abuso. Isso remete ao mesmo tempo ao já discutido pressuposto de reconhecimento do papel criativo dos juizes (Seção 1.1.3.2) e ao próprio objetivo desta tese, de impedimento à arbitrariedade judicial no uso do discurso de abuso (ao que se retornará nas Seções 2.4.1.2 e 4.2).

A tradição alemã de *unzulässige Rechtsausübung* (abordagens da violação à boa-fé, vista aqui, e da violação aos bons costumes, tratada na Seção 1.3.2.3) só pode ser compreendida adequadamente se considerar-se que a cláusula geral só é dogmaticamente tornada compreensível por grupos de casos resultantes de sistematização aberta³⁹⁵ (disso, já se tratou na Seção 1.2.1). Especificamente sobre a boa-fé objetiva, Lisa Schneider (2015, p. 34-35, tradução nossa³⁹⁶) observa que a respectiva cláusula geral é “suficientemente flexível para reagir às mudanças na sociedade e à alteração de valores”, sendo o “fator decisivo” para a sua interpretação “a casuística que se desenvolveu como resultado da jurisprudência sobre o § 242 do BGB”.

³⁹⁴ Isso vale não apenas para as doutrinas desenvolvidas a partir do § 242 do BGB, mas também dos §§ 226 e 826 (RÖVEKAMP, 2022 [§ 226, mg. 18]).

³⁹⁵ Isso é apontado com muita ênfase no *PWW Kommentar*: “O exercício de um direito ou a exploração de uma posição jurídica em violação ao § 242 é inadmissível [...] Isto não acontece apenas em casos individuais [...], mas sobretudo através da formação e consolidação de grupos de casos e formas de argumentação [*Die gegen § 242 verstoßende Rechtsausübung oder Ausnutzung einer Rechtslage ist unzulässig [...]. Wann das Verbot unzulässiger Rechtsausübung eingreift, ist also eine Frage der Konkretisierung des Gebots von Treu und Glauben. Diese geschieht nicht nur im Einzelfall [...], sondern vielmehr durch die Ausbildung und Festigung von Fallgruppen und Argumentationsformen*]” (KRAMME, 2021 [§ 242, mg. 32], tradução nossa). Também no *Erman Kommentar*: “O histórico de desenvolvimento do dispositivo é caracterizado por [...] o desenvolvimento de uma divisão estrutural interna no § 242 com grupos de casos. [...] É óbvio que deve ser acrescentada uma maior concretização, que só pode ocorrer na formulação de grupos de casos e de instituições jurídicas derivadas [*Die Entwicklungsgeschichte der Vorschrift ist durch eine erhebliche Ausweitung des Bereichs, in dem mit § 242 argumentiert wird, und die Entwicklung einer internen Strukturgliederung in § 242 mit Fallgruppen gekennzeichnet. [...] Es wird dabei freilich ersichtlich, dass weitere Konkretisierung hinzukommen muss, die erst in den zur praktischen Anwendung der Norm zu bildenden Fallgruppen und abgeleiteten Rechtsinstituten geschehen kann*]” (BÖTTCHER, 2020 [§ 242, mg. 10-12], tradução nossa).

³⁹⁶ “So ist die Norm entsprechend flexibel, tun auf gesellschaftliche Veränderungen sowie die Wandlung von Wertvorstellungen zu reagieren, wie der Begriff Rechtsfortbildung impliziert. Maßgeblich für die Interpretation der Generalklausel ist also die Kasuistik, die sich infolge der zu § 242 BGB ergangenen Rechtsprechung herausgebildet hat”.

Isso, no entanto, é uma ‘faca de dois gumes’: a ideologia nazista, como se verá (Seção 1.3.2.3), penetrou no direito civil alemão especialmente por meio da cláusula geral dos bons costumes, mas também a da boa-fé serviu como ponto de ‘irrupção’³⁹⁷, sendo significativa a sua importância na estratégia de argumentação jurídica do nazismo (DUVE; HAFERKAMP, 2007, p. 296). Frank von Look (2000, p. 93 et seq.), em seu detalhado estudo, aponta que, em 1939, na decisão RAGE 21, 283 do *Reichsarbeitsgericht* (o Tribunal do Trabalho do Império), considerou-se, com fundamento na boa-fé objetiva, que o fato de os empregados serem não arianos era um motivo legítimo para rescisão do contrato de trabalho por justa causa³⁹⁸: é o que se convencionou chamar de “dimensão político-racial” do § 242 (LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 77], tradução nossa³⁹⁹). Antes disso, em 1935, o *Reichsgericht*, também embasado no § 242 do BGB, reduziu, na decisão RGZ 141, 150, os proventos de pensão de uma viúva, por reconhecer uma “mudança fundamental nas opiniões sobre a necessidade de sacrifícios do indivíduo para o público em geral” (LOOK, 2000, p. 94, tradução nossa⁴⁰⁰). A repetição do alerta de von Look, portanto, é extremamente válida:

Com relação às cláusulas gerais, deve-se observar que a formação 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 para as cláusulas gerais 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.* (LOOK, 2000, p. 97, tradução nossa⁴⁰¹, grifo nosso).

Foi precisamente essa experiência de captura das cláusulas gerais pelo programa político nazista que impulsionou uma dogmática de adensamento que visa a uma justificação racional e transparente. E isso ocorreu e ocorre precipuamente por intermédio

³⁹⁷ Aparentemente, Thomas Gächter (2007, p. 95) reconhece uma prevalência no uso da boa-fé, nesse mecanismo de irrupção do Direito pelo pensamento nazista. Essa posição é contraditada pela maior parte da literatura alemã (como se verá na Seção 1.3.2.3).

³⁹⁸ Tanja Rudnik (2019, p. 84, tradução nossa) lembra que essa decisão foi saudada à época como correta, porque “o Tribunal determinou o conteúdo da boa-fé de uma maneira puramente metódica (!)” (no original: “Rüthers weist zutreffend daraufhin, dass das Gericht hier rein methodisch (!) einwandfrei den Inhalt von Treu und Glauben bestimmt bzw. ein allgemeines Rechtsprinzip aus gesetzlichen Wertungen hergeleitet hat”).

³⁹⁹ “rassepolitischen Dimension”.

⁴⁰⁰ “Schon im Jahr 1935 hat der II. Zivilsenat des RG die ‚geläuterten Anschauungen‘ zu § 242 BGB herangezogen, um — unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung — die einseitige Herabsetzung von vertraglich vereinbarten Versorgungsbezügen der Witwe eines ehemaligen Vorstandsmitglieds einer AG von jährlich 38 000 RM auf 16 000 RM zu rechtfertigen. Er hat dies begründet - einerseits mit der ‚grundlegenden Änderung der Auffassungen über die Notwendigkeit von Opfern des einzelnen für die Allgemeinheit‘ [...]”.

⁴⁰¹ “Im Hinblick auf die Generalklauseln ist zu beachten, daß die Fallgruppenbildung damals noch nicht so ausgeprägt war wie heute, was das Eindringen nationalsozialistischen Gedankenguts in die Rechtsprechung erleichterte. Die heutigen ausdifferenzierten Fallgruppen zu den Generalklauseln sollte man nicht nur als Hilfsmittel zur Systematisierung des Rechtsprechungsmaterials ansehen, sondern zugleich als methodisches Instrument, um einem Mißbrauch wie in nationalsozialistischer Zeit vorzubeugen”.

da formulação de grupos de casos (SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 3-5]).

Menezes Cordeiro (2005) — em um trabalho “que deveria ser mais influenciador no Brasil” (SCHMIDT, 2009, p. 469, tradução nossa ⁴⁰²) — apresenta a categorização dogmática do ‘adensamento’ da boa-fé hoje existente: *venire contra factum proprium*, inalegabilidade formal, *suppressio* e *surrectio*, *tu quoque* e desequilíbrio no exercício. Cada uma dessas figuras é resultado de longa “sedimentação jurisprudencial e, até, doutrinária” (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 694). Vale repetir que, para Menezes Cordeiro (1983, p. 870-871), a doutrina do *unzulässige Rechtsausübung* é manifestação direta de uma ciência resolvedora de casos concretos, não especuladora de concepções centrais.

Em comparação com a tradição francesa, a “margem de discricionariedade” judicial é bastante reduzida na Alemanha, pelo respeito à “ampla rede de decisões” ⁴⁰³ (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 1191). A remissão à boa-fé objetiva é um sinal claro de uma mudança profunda no próprio pensamento de juridicidade. Menezes Cordeiro (2005) conclui que ela, “em homenagem a uma tradição bimilenária, exprime os valores fundamentais do sistema”. Esses ‘valores fundamentais’ não estão na lei e nem é possível confeccionarem-se “conceitos cristalinos” sobre eles, então não é possível falar-se no esquema interpretação-aplicação ⁴⁰⁴ tão caro ao Direito continental. É um “desvio crescente do discurso metodológico oficial”, pois o juiz deve obrigatoriamente socorrer-se da Ciência Jurídica para resolver os casos ainda não tipicamente sedimentados ⁴⁰⁵ (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 44-47).

É interessante realçar que uma concepção do abuso como violação de dever associado ao direito não é exclusiva da abordagem definitiva do desvio de finalidade. Há também uma indissociabilidade, no mecanismo do abuso, entre boa-fé e deveres e entre bons costumes e deveres (sobre esta última, mais na Seção 1.3.2.3), tornada explícita pelas

⁴⁰² “[...] das 1406 Seiten starke zweibändige ‚Da Boa-fé no Direito Civil‘ (1983/1984) von Antonio Menezes Cordeiro erschienen, das ein Meilenstein des portugiesischen Zivilrechts war und auch in Brasilien sehr einflussreich sein sollte”.

⁴⁰³ Antônio Menezes Cordeiro (1983, p. 1191) acerta nisso, mas erra ao considerar que “as primeiras decisões são, em medida apreciável, obra do pré-entendimento — e, portanto, da cultura jurídica e da sensibilidade que a acompanha — dos juízes e do seu bom senso face ao caso”. Não se pode ignorar a pergunta óbvia que essa reflexão sobre a ‘decisão-zero’ suscita: não havendo decisões anteriores sobre a boa-fé, como identificar o comportamento que é “exigido” no caso concreto (§ 242 do BGB)? Certamente, o ‘bom senso’ não é uma justificação aceitável. Diferentemente: a resposta é a sistematização periférica, como se tratará na Seção 4.1.3.

⁴⁰⁴ ‘Auslegung’, ‘mere application’.

⁴⁰⁵ Este fenômeno é percebido por Rosalice Pinheiro (2002, p. 420), de forma um tanto superficial, como retomada do método tópico.

doutrinas civilistas. Sendo assim, a utilização na decisão judicial do discurso de violação do dever como caracterizador do abuso deve ser minimamente especificada: está se tratando de deveres associados ao direito-função, à boa-fé objetiva ou aos bons costumes?

Foi na boa-fé que a doutrina do *unzulässige Rechtsausübung* concentrou os maiores esforços de dogmatização, e isso ocorre na trilha da ‘descoberta’ dos deveres. Franz Wieacker (1977, p. 56, tradução nossa⁴⁰⁶, grifo nosso) anota que é “na função *officium iudicis*⁴⁰⁷ do [§] 242 [que] baseia-se o *desenvolvimento dos hoje denominados deveres de proteção*”⁴⁰⁸; e Thamis Viveiros de Castro (2017, p. 166, grifo nosso) observa que a boa-fé fornece exatamente os “*parâmetros concretos* para determinar o comportamento cooperativo que as partes *devem* guardar nas relações patrimoniais”.

Judith Martins-Costa (2018, p. 670-671) explica que o “princípio da boa-fé” serve para fundamentar a vedação ao abuso, por meio da constatação de violação aos deveres contratuais de coerência, lealdade, probidade e utilidade — deveres esses⁴⁰⁹ não extraíveis do direito positivo ou do contrato (ZUYLEN, 2011, p. 272). Martins-Costa (2018, p. 697-699) cita, qualificando-a como “[s]olidamente fundamentada”, decisão proferida pela 3ª Turma do STJ no REsp 1192678 (13 nov. 2012), na qual o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, relator, observou que: “Na sua função de controle, [a boa-fé objetiva] limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o *dever de ater-se aos limites, traçados pela boa-fé*, sob pena de uma atuação antijurídica [...]” (BRASIL, 2012j, grifo nosso).

É válida, porém, a observação de Martijn Hesselink⁴¹⁰ (2011, p. 641, tradução nossa,

⁴⁰⁶ “[...] *en la función officium iudicis del 242 se basa el desarrollo de los hoy generalmente denominados deberes de protección*”.

⁴⁰⁷ Na classificação de Franz Wieacker, há três grandes grupos especificadores do § 242 do BGB: o *officium iudicis* (no qual o juiz apenas implementa o plano valorativo da lei a casos não inicialmente abrangidos por ela); a *exceptio doli* (aplicação de regras reconhecidas de equidade judicial); e recriação *contra legem* do Direito (caracterizado pela intrusão da historicidade no direito positivo, após reconhecimento de uma ‘nova’ verdade temporal do sistema jurídico em questão) (TRÄGER, 2017, p. 284 et seq.).

⁴⁰⁸ A Lei de modernização do direito das obrigações (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts — SchuldRModG*), de 26 nov. 2001, positivou um dever geral de consideração, retirando-lhe do campo de aplicação da cláusula geral de boa-fé objetiva (SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 171]).

⁴⁰⁹ Jean Zuylen (2011, p. 274 et seq.) define-os de modo um tanto diferente, mas sem diferenças substanciais: deveres de lealdade, colaboração e moderação.

⁴¹⁰ Trabalho ao qual fez referência conhecida frase de Simon Whittaker e Reinhard Zimmermann (2000, p. 32, tradução nossa): “[...] o § 242 BGB não é nem ‘rainha das regras’ nem ‘praga banal’, mas um convite, ou lembrete, para que os tribunais façam o que fazem de qualquer forma e sempre fizeram: especificar, complementar e modificar a lei, ou seja, desenvolvê-la de acordo com as necessidades percebidas de seu tempo [§ 242 BGB is neither ‘queen of rules’ nor ‘baneful plague’ but an invitation, or reminder, for courts to do what they do anyway and have always done : to specify, supplement and modify law, i.e. to develop it in accordance with the perceived needs of their time]”.

grifo nosso): “se a cláusula geral de boa-fé não é uma regra, não faz sentido dizer que uma decisão é baseada nela. Na realidade, tal decisão é baseada na nova regra. Portanto *o tribunal deve mencionar a nova regra, e formulá-la o mais explicitamente possível*”⁴¹¹.

Portanto não se pode falar em *unzulässige Rechtsausübung* sem uma profunda consideração dogmática. É ela quem fornece os *standards* que lhe são próprios. Sem uma dogmática que a subjaza, a remissão do abuso à violação da boa-fé é tão irracional quanto a determinação injustificada dos limites do direito. Considere-se, por exemplo, a decisão proferida pelo TJCE na Apelação Cível 0505110-78.2000.8.06.0001 (22 jul. 2020, rel. Des. Maria Vilauba Fausto Lopes): decidiu-se que a divulgação, pelos veículos de imprensa, de informação falsa é abusiva, porque viola o “*dever de apurar, com boa-fé [...] a correção do fato ao qual darão publicidade*” (CEARÁ, 2020b, grifo nosso). Pode-se imaginar o que é o “dever de apurar”, mas o que é o “dever de apurar com boa-fé”? Qual é a dogmática que a ampara, a ponto de figurar como ‘atalho’ justificatório? Não há.

Mal aplicado — i. é: a ‘descoberta’ de deveres não fundamentada em grupos de casos dogmaticamente formulados⁴¹² —, portanto, o critério do abuso por violação à boa-fé objetiva não aproveita ao aprimoramento da justificação racional das decisões, exigida no Estado de Direito.

Menezes Cordeiro (1983, p. 900-901), em sua dogmatização da boa-fé, sistematiza os respectivos deveres em dois grandes vetores — de proteção da confiança e de consideração da relevância das situações materiais subjacentes⁴¹³ —, e vê nela um “papel particular” de, por meio da “metodologia por ela pressuposta”, fornecer o essencial à doutrina do abuso. Essa constatação é muito relevante, porque destaca a importância conferida ao método de aplicação da boa-fé (e, por extensão, do abuso) — importância essa também perceptível em Martins-Costa (2018) cujo subtítulo da obra *A boa-fé no direito privado* é bastante indicativo: *critérios para sua aplicação*.

Como se verá adiante (Seção 2.1.3), porém, não é verdadeira a associação estrita feita por Eduardo Jordão (2006, p. 101): “o ato abusivo é indubitavelmente ilícito. Trata-

⁴¹¹ Fabrizio Piraino (2013, p. 155 et seq.) constrói sua doutrina de abuso em considerações semelhantes (a boa-fé não fornece critério normativo, sendo apenas o fundamento para um segundo nível de valoração, excedente à legalidade), mas não dá nenhuma atenção à tarefa decisória de explicitação do conteúdo da regra encontrada por meio da valoração de segundo nível.

⁴¹² A exigência de formulação de grupos de casos na ‘descoberta’ de deveres com fundamento na boa-fé objetiva é apresentada explicitamente no PWW *Kommentar* (KRAMME, 2021 [§ 242, mg. 68]).

⁴¹³ Já Claudia Schubert (2019 [§ 242, mg. 10]) identifica como vertentes a proteção das expectativas legítimas e a consideração equitativa de interesses alheios dignos de proteção.

-se de conduta proibida pelo ordenamento jurídico, na medida em que fere uma norma sua. Esta norma [...] é o princípio da boa-fé”. Há abusos que não decorrem da violação à boa-fé objetiva, o que suscita a necessidade de investigação de outras abordagens.

1.3.2.3 Abordagem da violação aos bons costumes

O abuso por violação aos bons costumes foi uma das abordagens explicitamente recepcionadas na lei brasileira. Sendo assim, é necessário saber o que foi que, por meio do art. 187⁴¹⁴ do Código Civil (ainda que, como será visto adiante, intermediado pelas culturas jurídicas portuguesa e grega), pretendeu-se recepcionar.

Além da violação à boa-fé objetiva (Seção 1.3.2.2), também o comportamento desrespeitoso aos bons costumes⁴¹⁵ é entendido, no contexto da doutrina alemã do *unzulässige Rechtsausübung*, como abusivo (MENEZES CORDEIRO, 2005).

Os bons costumes ocupam uma posição bastante relevante nas doutrinas jurídicas do abuso, na Alemanha. Lamentavelmente, porém, sofrem nos países latinos com uma literatura que, no dizer de António Menezes Cordeiro (2005), “sem [...] esforço, procede a afirmações *naïf* sobre moralidade ou ética social: não é uma postura científica séria e só dificulta a nossa jurisprudência”.

É evidente que, nesta tese, não há espaço para uma investigação com a extensão pleiteada por Menezes Cordeiro (2005) (“desde o Direito romano”). Isso não é necessário e dificilmente poderia ser mesmo útil (cf. Seção 1.3). No entanto, serão apresentadas as linhas gerais dos bons costumes, com pretensão dogmática bastante mais aprofundada do que a habitualmente encontrada na literatura brasileira.

Nesta subseção, tratar-se-á das seguintes questões: (1) a abordagem dos bons costumes da cultura de *unzulässige Rechtsausübung* é definitiva ou sistematizadora?; e (2) ela pressupõe a adoção de parâmetros exógenos ao Direito? Além destas questões, deve ser investigado o papel do (3) discurso de deveres, por meio do qual também os bons costumes funcionalizam os direitos subjetivos. Por fim, deve-se perquirir (4) como a crescente influência do discurso dos princípios alexyanos enfraquece a função parametrizadora dos grupos de casos dos bons costumes.

⁴¹⁴ “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” (BRASIL, 2002).

⁴¹⁵ ‘*gute Sitten*’.

Theo Mayer-Mali (1994, p. 106-108, tradução nossa⁴¹⁶) faz uma compilação das posições doutrinárias acerca dos bons costumes, na Alemanha. Dentre as “céticas”, as que os consideram: uma “fórmula vazia e inútil” (Ott, Emmerich); uma mera “remissão aos pontos de vistas dos juízes superiores” (Baumbach); uma fórmula para aplicação de padrões morais ao Direito, portanto “historicamente ultrapassada” (Wolf, Schachtschneider); “um ponto de partida perigoso para a reinterpretação de sistemas jurídicos inteiros” à luz dos interesses daqueles que exercem o poder político de fato (Rüthers); uma fórmula que pressupõe um “consenso de valores”, portanto de impossível aplicação em sociedades pluralistas (Ott, Sack); e uma remissão à conformidade social (Sack, Knütel). Por outro lado, são posições “favoráveis” as que sustentam: uma unidade de direito e dever, “mediando ética e Direito” (Dreier); padrões valorativos que permitem que a administração da justiça seja um “*ars boni et aequi*” (Ulpiano); um “fator de elasticidade indispensável”, que “permite uma reação judicial a mudanças nos padrões valorativos”, especialmente se não forem drásticas (o próprio Mayer-Mali); e um meio de o Direito ser criado à luz dos pontos de vista do “homem na rua” — i. é: como elemento de democracia direta no direito privado.

Em análise dessas múltiplas ‘posições’, Mayer-Mali (1994, p. 172, tradução nossa)

⁴¹⁶ “Es sei mit den eher skeptischen Positionen begonnen: 1. Die guten Sitten seien ‚eine zur Entscheidung konkreter Konflikte unbrauchbare Leerformel‘. Mit einer Berufung auf die guten Sitten könnten nur Scheinbegründungen erzielt werden. 2. Mit den guten Sitten beziehe sich das Gesetz nur scheinbar auf Anschauungen der Rechtsgemeinschaft, in Wahrheit aber auf Anschauungen höherer Richter, die das Geschäftsleben ganz überwiegend nie kennengelernt haben. 3. Der Begriff der guten Sitten sei rechtswissenschaftlich nicht nachvollziehbar. Die Anwendung sittlicher Maßstäbe gleich welcher Art sei historisch überholt und wegen Verletzung des Grundrechts der Glaubensfreiheit verfassungswidrig. 4. Die guten Sitten seien ein gefährlicher Ansatzpunkt für die Uminterpretation ganzer Rechtsordnungen. Sie könnten, wie RGZ 150, I, 4 zeige, zu einer ‚unbegrenzten Auslegung‘ im Sinne der jeweils Mächtigen führen. 5. Alles, was gegen Generalklauseln spreche, spreche gegen eine gesetzgeberische Heranziehung der guten Sitten. 6. Die guten Sitten brächten Ethik ins Spiel, wo Konfliktlösungstechnik gefragt sei. Sie setzten einen Wertkonsens voraus, über den pluralistische Gesellschaften nicht mehr verfügten. 7. Jene Freiheitsgrenze, die man als Sittenwidrigkeit bezeichnet, solle man besser Systemwidrigkeit nennen und als solche verstehen. 8. Der richtige Maßstab sei nicht die Sitten-, sondern die Sozialwidrigkeit. 9. Für einige Fälle, die von einer an den guten Sitten orientierten Bestimmung nach deren Wortlaut erfaßt werden, seien die guten Sitten ein ungeeigneter Maßstab. Eine positivere Einschätzung der Leistungsfähigkeit der guten Sitten ist insbesondere unter den folgenden Aspekten erwägenswert: 1. Die Heranziehung der guten Sitten durch das Recht erschließe eine Einheit des Sollens, vermittele Ethik und Recht. 2. Wenn das Recht von den guten Sitten spreche, verleihe es sich Elemente der Sitte, der Moral, des Herkommens und teilweise auch der Sittlichkeit als einer normativen ethischen Größe ein. 3. Erst die Berücksichtigung jener Wertmaßstäbe, die man als die guten Sitten bezeichnet, mache die Rechtspflege zu einer *ars boni et aequi*. 4. Die guten Sitten seien ein für jede Rechtsordnung unerläßlicher Elastizitätsfaktor. Ihre Relevanz gestatte die judizielle Reaktion auf Wandlungen der Wertmaßstäbe, besonders bei Wandlungen ohne dramatischen Charakter. 5. Durch die Rechtserheblichkeit der guten Sitten gewinne der ‚Mann von der Straße‘ direkten Einfluß auf das, was für ihn gelten soll. Nicht die Routine von Experten und nicht der Populismus von Politikern, sondern die Anschauungen von rechtschaffenen Durchschnittsbürgern würden durch die Heranziehung der guten Sitten zum Recht. Die guten Sitten erscheinen so als ein Element direkter Demokratie im Privatrecht — und nicht nur in diesem, wie ein Blick auf jene gesetzlichen Bestimmungen, von denen die guten Sitten herangezogen werden, alsbald zeigen wird”.

conclui taxativamente que, muito embora os bons costumes não se deem a uma “descoberta uniforme”, eles “não são de forma nenhuma a apropriação de regras morais pelo Direito, referida em BGHZ 17, 327”. A decisão VI ZR 6/54 (BGHZ 17, 327), proferida pelo BGH em 25 de maio de 1955, afirma exatamente isto:

Com o § 826 do BGB, a lei adota indiretamente regras de moralidade, desaprovando ações jurídicas quando elas contenham uma *violação da consciência de Direito e de moralidade do povo, do senso de decência de todos os pensadores equitativos e justos*. (ALEMANHA, 1955, tradução nossa⁴¹⁷, grifo nosso).

Essa ‘fórmula de decência’⁴¹⁸, em seus exatos termos, remete no mínimo a um julgamento do *Reichsgericht* de 11 de abril de 1901 (VI. 443/00 [RGZ 48, 114]) (ALEMANHA, 1901), e é considerada, hoje, por boa parte da literatura, uma “fórmula genérica e sem sentido” (PETERSEN, 2013, p. 246, tradução nossa⁴¹⁹). É assim, acima de tudo, porque qualquer pessoa cuja opinião seja jusfundamentalmente protegida deve ser considerada ‘equitativa e justa’ (o direito fundamental impede precisamente que se menospreze qualquer espécie de pensamento protegido, não submetendo a análise da licitude à sua ‘justeza’ de acordo com a opinião da maioria) (HAGER, 2021 [§ 826, mg. 24]). Além disso, é tida como fórmula sem sentido porque, como observa Hans-Peter Haferkamp (2003a, p. 710), as pesquisas realizadas no campo da ‘consciência do povo’ pelas Ciências Sociais foram quase unanimemente rejeitadas⁴²⁰ com advertências de corrupção e negligência: é impossível medir, sem um viés que define o próprio resultado, a dominância de uma determinada ‘consciência’ na sociedade.

De todo modo, a moralidade a que se referia a jurisprudência alemã não necessariamente deve ser considerada uma remissão intersubjetivamente incontrolável a

⁴¹⁷ “Durch § 826 BGB macht sich das Gesetz Vorschriften der Moral mittelbar zu eigen, indem es Rechtshandlungen auch dann missbilligt, wenn sie einen Verstoss gegen das Rechts- und Sittlichkeitsbewusstsein des Volkes, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden enthalten”.

⁴¹⁸ ‘Anstandsformel’.

⁴¹⁹ “Hier hat sich eine Formel eingebürgert, die — so allgemein und nichts sagend sie ist — bekannt sein sollte, weil sie in der Rechtsprechung seit jeher eine beherrschende Rolle spielt. Sittenwidrigkeit i.S.d. § 138 BGB soll danach vorliegen, wenn das Geschäft gegen ,das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden‘ verstößt”.

⁴²⁰ Hoje, esse discurso empírico-social não exerce mais nenhum papel na dogmática dos bons costumes (WILHELM, 2020 [§ 826, mg. 6]). O mesmo se pode dizer na dogmática da boa-fé objetiva (SCHUBERT, 2019 [§ 242, mg. 13]).

normas valorativas metajurídicas⁴²¹⁻⁴²². Nesse contexto, a ‘fórmula de decência’ passa a ser entendida⁴²³ como uma “paráfrase”⁴²⁴ que precisa ser concretizada (SCHMIDT-RÄNTSCH, 2020 [§ 138. mg. 12]). Deve-se deixar de tratar de um ‘senso’ para tratar-se de padrões justificados em expectativas socialmente compartilhadas (HAGER, 2021 [§ 826, mg. 47]). Mayer-Mali (1994, p. 171, tradução nossa⁴²⁵, grifo nosso) entende que isso fica muito claro ao apresentar-se a moral como ‘moral social’, expressão cunhada na dogmática do § 1 da Lei Contra a Concorrência Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* — UWG). Nesse sentido, trata-se não de uma “moral especial ou elevada”, mas de “*padrões mínimos* de valores que, por experiência, são indispensáveis às sociedades”. Isto também é observado por Tobias Leidner (2019, p. 110-111, tradução nossa⁴²⁶, grifo nosso), para quem os bons costumes representam apenas um “*mínimo ético-social*”⁴²⁷. Ainda por Jónatas Machado (2002, p. 854-855), que, apesar da aparente rejeição peremptória à utilização da cláusula geral de bons costumes para restringir a liberdade de expressão (Seção 1.2.3), acaba por concluir que ela pode ser ‘densificada’ por meio da identificação de “padrões ou *standards* comunitários mínimos”.

⁴²¹ Karl Larenz (1997, p. 407), muito embora qualifique a cláusula geral de bons costumes como “algo como uma remissão a normas extrajurídicas”, reconhece que sua concretização deve atender a “pautas de valoração especificamente jurídicas”. Também Christian Armbrüster (2021 [§ 138, mg. 24], tradução nossa) observa que, a despeito de os bons costumes remeterem-se a uma ordem extrajurídica, os padrões impostos por si só podem ser compreendidos “a partir da interação entre ordens de valor extrajurídicas e princípios imanentes ao Direito [*Nur aus der Wechselwirkung zwischen außerrechtlichen Wertordnungen und rechtsimmanenten Grundsätzen ist die Eigenart des Maßstabes zu verstehen*]”.

⁴²² Gerhard Wagner (2020 [§ 826, mg. 10]) tacha a ‘fórmula de decência’ de intangível, escondendo as valorações do jurista, em vez de revelá-las. A solução, segundo ele, é renunciar-se à empiria de identificação dos conceitos morais socialmente vigentes, e buscarem-se critérios de concretização no próprio sistema jurídico (WAGNER, G., 2020 [§ 826, mg. 12]).

⁴²³ Há uma mudança de sentido das cláusulas gerais de bons costumes no Direito alemão, que passam a considerar as condições de uma sociedade pluralista (HEFERMEHL, 1979, p. 198).

⁴²⁴ “*Umschreibung*”. Também tratando a fórmula como paráfrase, mas a entendendo enganosa, por não fornecer ao juiz nenhuma base de argumentação racional: WILHELM, 2020 [§ 826, mg. 3]. Christian Armbrüster (2021 [§ 138, mg. 26-27]), a despeito de reconhecer o elevado risco de recair-se em juízo de equidade na aplicação da ‘fórmula de decência’, ainda enxerga nela algumas utilidades, como a de deixar claro que a moral particular do juiz não é a relevante (o que releva é o senso de decência de “todos os pensadores”) e que as pesquisas empíricas no campo sociológico não podem fornecer nenhuma resposta, por não proverem resultados jurídicos (“pensadores justos à luz do Direito e da justiça”). Além destas — que também endossa —, Philipp Fischinger (2021 [§ 138, mg. 61]) também vê um claro indicativo jurisprudencial de irrelevância do estado subjetivo.

⁴²⁵ “*Dabei geht es nicht um irgendeine Hoch- oder Sondernorm, sondern um jenes bescheidene Minimum an Wertvorstellungen, ohne das Sozietäten erfahrungsgemäß nicht auskommen können*”.

⁴²⁶ “*Die guten Sitten bilden das sozialethische Minimum ab, während ein Verstoß gegen Treu und Glauben an gesteigerte sozialethische Wertungen gekoppelt ist*”.

⁴²⁷ De modo idêntico ou bastante semelhante, no *Staudinger Kommentar* e no *Erman Kommentar*: “mínimo sócio-ético [*sozialethisches Minimum*]” (HAGER, 2021 [§ 826, mg. 25]; WILHELM, 2020 [§ 826, mg. 3], tradução nossa); no *PWW Kommentar*: “mínimo ético-jurídico [*rechtsethisches Minimum*]” (SCHAUB, 2021 [§ 826, mg. 5], tradução nossa); no BeckOGK-BGB: “padrão mínimo da moral social [*Mindeststandard der Sozialmoral*]” (SPINDLER, 2022 [§ 826, mg. 4, tradução nossa]); no *Erman Kommentar*: “princípios fundamentais da ordem jurídica e moral [*Grundprinzipien der Rechts- und Sittenordnung*]” (SCHMIDT-RÄNTSCH, 2020 [§ 138, mg. 1], tradução nossa).

É por isso que Jorge Reis Novais (2010, p. 484) conclui que a “lei moral não pode, no Estado de Direito dos nossos dias, fundamentar a limitação dos direitos [...] tendo apenas por base perspectivas morais particulares de grupos, confissões ou extractos da população [...]”, mas, em contrapartida, ela (já em uma concepção de ‘moral social’) poderia servir de fundamento para limitar o espectro de comportamentos lícitos “enquanto puder ser reconhecida como conjunto de representações ou *valorações éticas gerais estruturantes* de uma *consciência jurídica dinâmica e aberta* numa sociedade democrática”⁴²⁸. É uma moralidade objetiva e ‘mínima’ (HAFERKAMP, 2003A, p. 709 et seq.), um “resíduo ético” (HAGER, 2021 [§ 826, mg. 25], tradução nossa⁴²⁹). A lógica é clara: quanto mais a moralidade dos bons costumes seja ‘mínima’⁴³⁰, menos estará sujeita a objeções em seu uso como justificação da valoração de abuso (tendência ao consenso).

⁴²⁸ Perceba-se a diferença em relação, por exemplo, ao *texto* de Ingo Sarlet (2018, p. 81, grifo nosso): “a construção de um conceito material de direitos fundamentais (assim como da própria Constituição) somente pode ser exitosa em se considerando a *ordem de valores dominante* (no sentido de consensualmente aceita pela maioria) [...]”. A falta de restrição do consenso ao ‘mínimo’ (em outras palavras: valoração ética geral estruturante) e materialmente orientada à democracia elimina, na prática, a própria possibilidade de direitos fundamentais, porque estes deixam de ser ‘trunfos’ contra a maioria (ou contra a ‘moral dominante’). Esta, a despeito do seu texto, certamente não é a concepção de Sarlet (2018, p. 104, p. 112) — que, por exemplo, sustenta que “não se admite, em princípio, o sacrifício da dignidade pessoal em favor da comunidade” (mesmo se a “ordem de valores dominante” assim o impuser), especificando ainda que “determinada posição jurídica fora do catálogo, para que efetivamente possa ser considerada equivalente, em conteúdo e importância, aos direitos fundamentais do catálogo, deve, necessariamente, ser reconduzível de forma direta e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana”. A dignidade da pessoa humana tem conteúdo material dado em função das “condições sociais vigentes” (dimensão cultural), mas isto apenas afasta, para Sarlet (2011, p. 59), decisões de caráter metafísico sobre a natureza humana: o que é absoluto na dignidade depende “de uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada”, mas deve ser aberto ao pluralismo (SARLET, 2011, p. 163 et seq.).

⁴²⁹ “*ethisches Residuum*”.

⁴³⁰ Isso pode ser visto também sob outro prisma: os bons costumes como questão de intolerabilidade (FÖRSTER, 2022 [§ 826, mg. 15-17]). Aqui, parte-se de uma ‘abordagem fundamental’ de adoção, pela ordem jurídica, de uma clara decisão em favor (mas não absolutamente) do individualismo sobre o coletivismo, propiciando um reduzido campo de intervenção sobre a autonomia privada (ARMBRÜSTER, 2021 [§ 138, mg. 24]). Holger Wendtland (2022 [§ 138, mg. 2], tradução nossa) faz uma conexão entre os dois modos de enxergar-se, afirmando que a cláusula geral de bons costumes “garante um mínimo ético [...]”. Seu objetivo é combater abusos da autonomia privada e impedir a validade de transações jurídicas que são intoleráveis para a comunidade jurídica porque violam seus valores éticos [*Die Vorschrift sichert ein im Rechtsverkehr zu währendes ethisches Minimum. Ihr Zweck ist es, Missbräuchen der Privatautonomie entgegenzuwirken und die Geltung von Rechtsgeschäften zu verhindern, die für die Rechtsgemeinschaft unerträglich sind, weil sie gegen deren ethische Wertvorstellungen — die guten Sitten — verstoßen*]. Assim, devem ser julgados violadores dos bons costumes apenas aqueles comportamentos “extremos [*äußerste*]” (SCHMIDT-RÄNTSCH, 2020 [§ 138, mg. 13], tradução nossa), assim considerados na “convicção comum de pelo menos a esmagadora maioria dos membros da sociedade [*Die guten Sitten stellen die für den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verkehr unentbehrlichen Wertvorstellungen dar, die auf der gemeinsamen Überzeugung der zumindest überwiegenden Mehrheit der Angehörigen der Gesellschaft beruhen*]” (WENDTLAND, 2022 [§ 138, mg. 16.1], tradução nossa). Isso elimina a relevância do padrão moral das pessoas envolvidas na transação jurídica (AHRENS, 2021 [§ 138, mg. 25]). O contrário ocorre na boa-fé, extremamente dependente do padrão de comportamento esperável no contexto da específica relação de confiança (KÄHLER, 2022 [§ 242, mg. 1814-1816]), ainda que também apenas para “correção de condições grosseiramente injustas [*In diesem Rahmen ermöglicht § 242 eine Korrektur grob ungerechter Zustände*]” (KÄHLER, 2022 [§ 242, mg. 234], tradução nossa).

Haferkamp (2003a, p. 723 et seq., tradução nossa⁴³¹) narra que, por volta de 1900 (época do julgamento da fórmula de decência), era pacífico o entendimento de que os bons costumes tinham uma função precipuamente econômica. Por exemplo: a Lei de Usura⁴³², de 1880, exigia, para a sua configuração, a “exploração da necessidade, do descuido, da inexperiência”, o que fez com que os devedores-vítimas enfrentassem problemas de prova. Os tribunais, reconhecendo ser a usura uma violação de padrões mínimos de convivência, tenderam a qualificar como usurária toda relação conspicuamente desproporcional — i. é: uma ilicitude que não decorria do texto normativo da lei de 1880 —, a fim de facilitar a sua caracterização. Essa jurisprudência foi, após o BGB, primeiramente retrocedida na decisão V 154/06 (RGZ 64, 181), de 13 de outubro de 1906, mas agora já com expressa menção ao § 138(1)⁴³³ do BGB (violação à moral) (ALEMANHA, 1906). Mais tarde, na decisão II 406/15, de 18 de fevereiro de 1916, o *Reichsgericht* consolidou o entendimento de que se considera usurária, por violadora dos bons costumes, qualquer relação de mútuo cuja natureza das condições seja de “natureza opressiva” (HAFERKAMP, 2003a, p. 727, tradução nossa⁴³⁴).

Isso mostra que, no mínimo, é imprecisa a afirmação de Menezes Cordeiro (2005), de que os “bons costumes remetem para regras de comportamento sexual e familiar”. Por outro lado, é certa e esclarecedora a constatação de Mayer-Mali (1994, p. 169, tradução nossa⁴³⁵):

Quando um leigo ouve falar de violação à moral, ele pensa imediatamente neste âmbito [vida familiar e sexual]. Contudo, mesmo entre os juristas, a relevância deste setor da concretização dos bons costumes tende a ser superestimada. [...] A participação deste setor na judicatura relevante dificilmente excede um décimo.

Em suma: os bons costumes são multifuncionais: funcionam nos mais diversos

⁴³¹ “Das Wuchergesetz vom 24.5.1880 setzte zur Lösung des Problems nicht auf starre Höchstsatzfestlegungen, sondern statuierte einen materiellen Wucherbegriff, der auf ein ‚auffälliges Mißverhältnis zu der Leistung‘ und die ‚Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit‘ des Darlehensnehmers abstellte und mit der so eingeräumten Deutungsbefugnis auf Wucherbekämpfung durch den Richter setzte”.

⁴³² *Reichs-Wuchergesetz*.

⁴³³ A literatura identifica no BGB um tratamento uniforme dos bons costumes, nos §§ 138 e 826 (FÖRSTER, 2022 [§ 826, mg. 9]; SPINDLER, 2022 [§ 826, mg. 4]; FISCHINGER, 2021 [§ 226, mg. 122]), muito embora seja possível diferenciarem-se as consequências jurídicas da sua violação, em cada dispositivo (ARMBRÜSTER, 2021 [§ 138, mg. 42]; HAGER, 2021 [§ 826, mg. 61]; FISCHINGER, 2021 [§ 226, mg. 127]).

⁴³⁴ “Die Ausbeutung seitens des Darlehensgebers folgte man nun durchweg aus »der drückenden Natur der Darlehensbedingungen”.

⁴³⁵ “Hört ein Laie von Sittenwidrigkeit, so denkt er sogleich an diesen Bereich [Familien- und Sexualleben]. Aber auch unter Juristen wird die Relevanz dieses Sektors der Konkretisierung der guten Sitten eher überschätzt. Nach langjähriger Beobachtung der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit sei die (statistisch nicht abgesicherte) Aussage gewagt, daß der Anteil dieses Sektors an der einschlägigen Judikatur über ein Zehntel kaum hinausgeht”.

âmbitos — tendo sido, na Alemanha, especialmente desenvolvidos no direito de crédito⁴³⁶ e da concorrência (HÜBER, 1995, p. 211 [mg. 412]) —, sempre que se não quer restringir excessivamente o escopo de ação dos órgãos de aplicação do Direito (MAYER-MALI, 1994, p. 172).

Assim como se disse quanto ao desvio de finalidade (Seção 1.3.1.1) e à boa-fé (Seção 1.3.2.2), um dos modos de operação dos bons costumes — a que interessa especialmente a esta tese —, é a da imposição de deveres associados ao exercício dos direitos⁴³⁷. Thamís Viveiros de Castro (2017, p. 180) cita os deveres de cooperação, de cuidado, de manutenção do *status quo*, de oitiva, de não mercantilização, de uso funcional da unidade habitacional, e de colaboração deliberativa dos condôminos.

Como se viu acima (Seção 1.3.1.2.1), não é sustentável o entendimento de Thamís Castro (2017, p. 51-54), de que os comportamentos de “autonomia existencial” não seriam funcionalizáveis. Eles o são, e a própria Castro (2017, p. 242, grifo nosso) explicitamente o admite quando trata dos “critérios” de abuso por violação aos bons costumes em razão dos descumprimentos do dever de uso funcional da unidade habitacional — “o *dever* de utilização regular da unidade habitacional diz respeito à *função que lhe é atrelada*” —, e do dever de cooperação:

Quando [o direito] *exercido de maneira disfuncional* por um dos responsáveis, como acontece com a alienação parental, cria-se a impossibilidade de que o outro responsável pela criança possa exercer e gozar da autonomia familiar de forma plena [...]. Logo, a *violação do dever de cooperação importa, diretamente, a diminuição ilegítima da autonomia existencial* — familiar — dos pais e mães gerada pela afronta aos bons costumes. (CASTRO, 2017, p. 255, grifo nosso).

Os bons costumes, associando-lhes deveres às potestades, funcionalizam os direitos, sejam eles patrimoniais ou existenciais. O que Thamís Castro busca — a rejeição à aplicação da ideia de desvio de finalidade às relações existenciais — não pode ser alcançado pelo questionamento da funcionalização dos bons costumes, e sim pela

⁴³⁶ O § 138 do BGB trata, no título de um único dispositivo, da violação à moral e da usura (“*Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher*”): “(1) Um negócio jurídico que seja violador da moral é nulo. (2) Em particular, um negócio jurídico é nulo por alguém, aproveitando-se da situação precária, inexperiência, carência de julgamento ou considerável fraqueza de vontade de outrem, permite que seja prometido ou concedido a si mesmo ou a terceiros vantagens pecuniárias por um desempenho que são claramente desproporcionais ao desempenho [(1) *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen*]” (ALEMANHA, 1896, tradução nossa).

⁴³⁷ Os demais são, segundo Castro (2017, p. 179 et se.), as funções interpretativa e limitadora.

oposição dogmática a uma abordagem definitória.

Como explicitado por Martin Ahrens (2021 [§ 138, mg. 16], tradução nossa⁴³⁸): “Um padrão objetivo [de bons costumes] deve ser estabelecido”. A despeito de António Menezes Cordeiro (2005) descartá-los (de forma estranha, já que explicitamente positivados no art. 334 do Código Civil português) como “base jurídica” do abuso, mesmo os bons costumes podem ser objeto de uma formulação juscientífica sistematizadora. E isso vem de fato ocorrendo — ao menos na Alemanha (JAKL, 2022 [§ 138, mg. 30]) —, o que se comprova pela extensa formulação dogmática de grupos de casos de aplicação da cláusula geral dos bons costumes, como se vê nos *Kommentare* ao BGB: *MüKoBGB* (WAGNER, G., 2020 [§ 826, mg. 68-262]); *Staudinger Kommentar* (HAGER [§ 826, mg. 226-713]); *BeckOGK-BGB* (SPINDLER, 2022 [§ 826, mg. 30-212]); *BeckOK-BGB* (FÖRSTER, 2022 [§ 826, mg. 53-247]), *PWW Kommentar* (SCHAUB, 2021 [§ 826, mg. 13-56]), *Erman Kommentar* (WILHELM, 2020 [§ 826, mg. 27-61]).

Para tratar dessa sistematização da ‘moral social’ (forma como deve ser entendida a moralidade dos bons costumes, tal como vista aqui), contudo, é necessário novamente retroceder algumas décadas. À época da ascensão, na Alemanha, do Partido Nacional-Socialista, por volta de 1933, chegou-se a defender uma alteração legislativa no § 138 do BGB: os bons costumes deveriam ser substituídos, em um Código do Povo⁴³⁹, pelo “bem comum do povo alemão” ou outra expressão similar⁴⁴⁰ (HAFERKAMP, 2003A, p. 736-737, tradução nossa⁴⁴¹). Isso, contudo, não chegou a ser necessário.

⁴³⁸ “Anzulegen ist ein objektiver Maßstab”.

⁴³⁹ O *Volksgesetzbuch* (Código do Povo) foi esboçado, dentre outros, por Wolfgang Siebert (DUVE; HAUSER, 2007, p. 378).

⁴⁴⁰ Propôs-se, ainda, uma cláusula geral de abuso de direito (§ 17 do esboço de 1942): “O abuso de direitos não se encontra juridicamente protegido. Em particular, age abusivamente quem insiste no cumprimento literal de uma obrigação que se tornou sem sentido e sem finalidade, quem afirma um poder tão tardiamente que assim se coloca em intolerável contradição com sua própria conduta anterior, quem na execução prossegue com uma dureza que é grosseiramente contrária ao senso comum do povo [*Rechtsmißbrauch findet keinen Rechtsschutz. Mißbräuchlich handelt besonders, wer auf der wörtlichen Erfüllung einer sinn- und zwecklos gewordenen Verpflichtung besteht, wer eine Befugnis so spät geltend macht, daß er sich dadurch mit seinem eigenen früheren Verhalten in einen unerträglichen Widerspruch setzt, wer bei der Vollstreckung mit einer Härte vorgeht, die dem gesunden Volksempfinden gröblich widerspricht*]” (LOOSCHELDERS; OLZEN, 2019 [§ 242, mg. 68], tradução nossa).

⁴⁴¹ “War also auch vor 1933 bisweilen ein gewisser »nationaler« Einschlag des § 138 nicht zu verkennen, so ging dies nationalsozialistisch gesinnten Autoren nach 1933 doch nicht weit genug. Bald nach der Machtübernahme mehrten sich die Stimmen, die eine Abänderung des § 138 verlangten. [...] Einig war man sich in der Forderung nach einer radikalen Abkehr von der Perspektive der Parteien für die Bestimmung der ‘guten Sitten’. Generell bestimmend sollte nun sein das ‘Interesse des Volksganzen’, deutlicher das Interesse von ‘Volk und Staat’, die ‘deutsche Ehrauffassung’ und das ‘Gemeinwohl des deutschen Volkes’, die ‘Belange des deutschen Volkes’ und der Schutz des ‘deutschen nationalen Ehr- und Treuegefühls oder des deutschen Gemeinnutzes’.

Em vez de ‘irromper’⁴⁴² no texto do BGB⁴⁴³, a ideologia nacional-socialista ‘irrompeu’ na própria concepção de bons costumes como moral dominante nazista⁴⁴⁴. Siebert (1934, p. 1000, tradução nossa) defendeu expressamente esse modo de proceder: “O que os ‘bons costumes’ [...] significam em termos de conteúdo é determinado pela opinião popular prevalecente, i. é, para a Alemanha, de acordo com a cosmovisão nacional-socialista”.

Decisões ultrajantes foram fundamentadas nos bons costumes, como reconhecedores da ‘moral nazista’ — i. é: da ‘consciência jurídica dominante’ do tempo, à qual Heloísa Carpena (2007, p. 416) descuidadamente associa-os. Frank von Look (2000, p. 95), por exemplo, em seu estudo sobre as cláusulas gerais no período, narra que, em 1938, não foi considerado violador do § 1(1)⁴⁴⁵ do UWG o anúncio de que os espartilhos vendidos por um comerciante provinham de um concorrente judeu (RG JW 1939, 429); e, em 1942, entendeu-se inexistir violação aos bons costumes na recusa de sindicato monopolista de fornecer seus produtos a atacadista casado com uma mulher judia (RG DR 1942, 1060).

É válido, neste contexto, repetir (mais uma vez, e ainda assim talvez nunca

Die ‚guten Sitten‘, die bis zu diesem Zeitpunkt vor allem in ihrer Wertungsoffenheit die Rechtsprechung geprägt hatten, sollten eine klare Stoßrichtung bekommen, als Werkzeug nationalsozialistischer Ausgrenzungspolitik und als Ausdruck generellen Staatsvorrangs”.

⁴⁴² ‘einbrechen’.

⁴⁴³ A reorientação dogmática de conceitos jurídicos de maneira consciente, sem modificação legislativa, foi a estratégia mais relevante de implementação do ‘pensamento jurídico nacional-socialista’ (RÜCKERT, 2015, p. 802).

⁴⁴⁴ Uma linha de jurisprudência muito emblemática do que aqui se expõe passou a considerar violador dos bons costumes qualquer acordo de empréstimo com taxas de juros excessivas. O julgamento do V 184/35 (RGZ 150,1) pelo *Reichsgericht* em 13 de março de 1936 significou um desvio da fundamentação no § 138 do BGB, da tradicional ‘fórmula de decência’ para o apelo explícito ao programa do partido nazista (LOOK, 2000, p. 95): “O conceito de ‘violação dos bons costumes [...] tem conteúdo dado pelo sentimento popular que tem prevalecido desde a revolução, a visão de mundo nacional-socialista [*Der Begriff eines ‚Verstoßes gegen die guten Sitten‘ [...] erhält seinem Wesen nach den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung*]” (ALEMANHA, 1936, tradução nossa). Com isso, não mais se enfocava na proteção do indivíduo, mas na política econômica, de interesse especial do programa nazista (HAFERKAMP, 2003a, p. 728-730). Não à toa, esse julgamento é chamado de “inglório [*unrühmlich*] RGZ 150, 1” (FÖRSTER, 2022 [§ 826, mg. 13], tradução nossa). Mesmo após 1945, houve formal adesão à decisão RGZ 150, 1 (controle de equivalência das prestações), no julgamento IV ZR 107/50, proferido pelo BGH em 5 de março de 1951 (ALEMANHA, 1951b) — muito embora sem preenchimento do vácuo deixado pelo abandono da argumentação nazista (mesmo porque a mesma decisão poderia ter sido proferida na continuação da tradição dogmática pré-1933, dos bons costumes na esfera econômica) (HAFERKAMP, 2003a, p. 751; LOOK, 2000, p. 92).

⁴⁴⁵ “Esta lei serve para proteger os concorrentes, consumidores e outros participantes do mercado contra práticas comerciais desleais. Ao mesmo tempo, ela protege o interesse do público em geral na concorrência franca [*Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*]” (ALEMANHA, 1909a, tradução nossa).

suficientemente) o alerta de von Look (2000, p. 97, tradução nossa⁴⁴⁶, grifo nosso):

Com relação às cláusulas gerais, deve-se observar *que a formação 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 para as cláusulas gerais 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.*

Impõe-se, assim — e repete-se aqui o já afirmado na Seção 1.2.1 —, a via da sistematização (aberta), por meio de grupos de casos⁴⁴⁷, tal como feita quanto à boa-fé objetiva. É ‘aberta’ porque os bons costumes continuam tendo a função de abrirem espaço para considerações de individualidade no caso concreto. Contudo, essa “função de elasticidade” está longe de ser a predominante (MAYER-MALI, 1994, p. 174, tradução nossa⁴⁴⁸).

Sendo assim, ao contrário do que afirma Haferkamp (2003a, p. 711 et seq., tradução nossa⁴⁴⁹), não é que “tudo o que resta para o padrão de ‘bons costumes’ é um conjunto de tradições de jurisprudência desenvolvidas sob este manto”, mas isso certamente cobre quase todo o campo de aplicação desta cláusula geral. Mesmo onde os grupos de casos (ainda) não alcancem, eles servem como “fórmulas de justificação sincrética” para novas decisões (MAYER-MALI, 1994, p. 175, tradução nossa). A essa dinâmica, retornar-se-á na Seção 4.1.3.

É imprescindível, assim, saber quais são os grupos de casos dos bons costumes — uma tarefa tão importante quanto à referente à boa-fé objetiva, mas quase absolutamente negligenciada, no Brasil (como se verá na Seção 1.5). Outra similaridade com os grupos de casos da boa-fé é que, também na doutrina dos bons costumes, há vários agrupamentos distintos (MAYER-MALI, 1994, p. 132).

⁴⁴⁶ “Im Hinblick auf die Generalklauseln ist zu beachten, daß die Fallgruppenbildung damals noch nicht so ausgeprägt war wie heute, was das Eindringen nationalsozialistischen Gedankenguts in die Rechtsprechung erleichterte. Die heutigen ausdifferenzierten Fallgruppen zu den Generalklauseln sollte man nicht nur als Hilfsmittel zur Systematisierung des Rechtsprechungsmaterials ansehen, sondern zugleich als methodisches Instrument, um einem Mißbrauch wie in nationalsozialistischer Zeit vorzubeugen”.

⁴⁴⁷ É relevante citar o posicionamento de Karl Engisch (2004, p. 403-411, tradução nossa), para quem os bons costumes (como as cláusulas gerais, de modo geral) têm sentido tipificador — de *Typus*, destacado adiante, na Seção 3.3 —, sendo “decisivo” que sua aplicação guie-se “pela típica dos fenômenos da vida real (no original: “Esto se pone de relieve, p. ej., allí donde los conceptos legales hacen referencia, explícita o implícitamente, a las buenas costumbres o expresiones similares. Es decisivo que, al aplicar los conceptos jurídicos de tipo consideremos y nos guíemos por la típica de los fenómenos de la vida real”)).”

⁴⁴⁸ “So wenig wie aller Umgang mit den guten Sitten im Zeichen einer Hereinnahme von Ethik ins Recht steht, so wenig kommt der Elastizitätsfunktion der guten Sitten Dominanz zu”.

⁴⁴⁹ “Für den Maßstab ‘gute Sitten’ bleibt also nur ein Bündel von Rechtsprechungstraditionen, die unter diesem Mantel entwickelt wurden”.

Aqui, serão citados, a título exemplificativo — é importante lembrar que o objetivo desta tese não é propor parâmetros de identificação do abuso (o que exige uma dogmática singular dos mais diversos âmbitos, como se verá na Seção 4.1.2), mas controlar a permissibilidade dos parâmetros apresentados pela jurisprudência —, os grupos de casos de bons costumes⁴⁵⁰ tal como apresentados por Jens Petersen (2013, p. 247 et seq.): (1) relacionado a garantias por parentes próximos — o que impõe limites às garantias dadas: ou por pessoas da família sem bens; ou que sobrecarregam o fiador sem nenhum benefício econômico, apenas por sentimento de coerção moral; ou desproporcionais à capacidade financeira de o fiador quitar a respectiva dívida a curto prazo —; (2) proibição de cessão de todos os créditos, de maneira indistinta, a banco, para fim de garantir o pagamento de empréstimo; (3) proibição de testar para amante, com fim exclusivo de manutenção da relação sexual⁴⁵¹; e (4) proibição da usura (esta, já tratada acima, nesta mesma subseção).

Cada um desses grupos de casos fornece parâmetros próprios de identificação da violação aos bons costumes⁴⁵² — e, por consequência, parâmetros próprios de identificação de abusos. Esta função paramétrica extremamente positiva dos bons costumes (e também da boa-fé objetiva), no entanto, esfumaça-se com o movimento que Fabrizio Piraino (2013, p. 158) descreveu como de crescente influência do discurso de princípios (em sentido alexyano) no ‘aprimoramento’ das cláusulas gerais.

Isso fica claro em Thamis Castro (2017, p. 24-25), para quem os bons costumes significam a “moralidade constitucional”, a qual seria “revelada a partir dos valores consagrados pela Constituição na forma de princípios jurídicos”. A autora apresenta exemplos de aplicação da cláusula de bons costumes, nos quais se incluem as seguintes proibições: à “diminuição permanente da integridade física” (a amputação voluntária de membros seria ilícita); à “imposição de condição de cunho existencial a negócio jurídico de efeitos patrimoniais” (não seria lícito o condicionamento da eficácia de negócio

⁴⁵⁰ Muitos outros poderiam, no entanto, ser citados: o BeckOK-BGB lista grupos de casos no direito contratual (p. ex.: declarações fraudulentas na celebração), no direito do trabalho (p. ex.: *bullying*), no direito de família (p. ex.: privação do sustento pelo cônjuge traído), dentre outros (FÖRSTER, 2022 [§ 826, mg. 53-247]).

⁴⁵¹ No mesmo sentido: HAGER, 2021 [§ 826, mg. 624]. Este grupo de casos deve ser repensado, em razão do advento da Lei de Prostituição alemã (*Prostitutionsgesetz*), que claramente exclui a prostituição do âmbito de aplicação da cláusula geral de bons costumes (SPINDLER, 2022 [§ 826, mg. 169]; JAKL, 2022 [§ 138, mg. 576]; ARMBRÜSTER, 2021 [§ 138, mg. 90]). Contra uma certa tendência jurisprudencial que recorre à dignidade da pessoa humana, em vez da violação aos bons costumes, para justificar limitações à liberdade (como nos casos de atos voluntários de prostituição, exibição em *peep-shows*, e submissão a arremesso de anões): MICHAEL; MORLOK, 2016, p. 154 [mg. 154].

⁴⁵² Para Gerald Spindler (2022 [§ 826, mg. 4], tradução nossa): “a determinação da violação à moral está cada vez mais orientada a critérios objetivos [*dass sich die Bestimmung der Sittenwidrigkeit zunehmend an objektiven Kriterien [...] orientiert*]”.

jurídico à manutenção do estado civil de solteiro); à violação do “dever de colaboração deliberativa” (sendo ilícito o impedimento da aferição do quórum em assembleia de condomínio, “mediante a ocultação de documentos comprobatórios da condição de condômino ou de seu representante”); ao desrespeito aos deveres de cooperação, de manutenção do *status quo ante*, de oitiva e de cuidado “impostos aos genitores que se responsabilizam pelas decisões no âmbito familiar” (razão pela qual não seria lícita a adoção, por pai e mãe, de postura não harmônica, como ocorre na alienação parental) (CASTRO, 2017, p. 211 et seq.). Todos esses parâmetros são propostos em consideração ‘direta’ — ou, ao menos, alegadamente direta — aos valores que, ao ver da autora, foram positivamente constitucionalizados.

Um dos problemas desse modo de enxergar a questão é que, como observado por Friedrich Müller (2016, p. 145-146, tradução nossa⁴⁵³), “o desdobramento de causas delimitativas dos direitos [...], via ‘valores’ [...], supõe na prática uma regressão a formas de concepção de tipo metanormativo”, que acaba por suprimir a vinculação do juiz ao texto normativo. É o que se vê, por exemplo, em Anderson Schreiber (2016, p. 144), para quem se deve admitir “a incidência do princípio da proibição do comportamento contraditório [espécie do gênero abuso de direito] em relações de direito público, [...] como resultado da *direta aplicação do valor constitucional da solidariedade social*”, a qual não pode ser “limitada por uma positivação equivocadamente restritiva (como ocorre com a boa-fé objetiva no atual Código Civil brasileiro)” (SCHREIBER, 2016, p. 197) — i. é: o juiz, ao confrontar o texto normativo (válido) com o ‘valor’ (metanormativo), pode liberar-se da vinculação àquele, em nome da ‘conexão direta’ com este.

Essa pretensão de substituição da ‘fórmula de decência’ por uma ‘fórmula de valores’ é duramente criticada por Christian Armbrüster (2021 [§ 138, mg. 27], tradução nossa⁴⁵⁴),

⁴⁵³ “[...] el desdoblamiento de causas delimitativas de los derechos fundamentales, vía ‘valores’ u otros bienes jurídicos de tipo material o inmaterial, sean discutidos o no, supone prácticamente una regresión hacia formas de concepción de tipo metanormativo, de hipótesis de delimitación general-material, por la que se apela a ‘valores’ materiales, bienes jurídicos o conceptos de carácter global a efectos de proceder a la limitación, en lugar de invocar el propio marco de con tenido de referencia del derecho fundamental o, en su caso, partir del margen determinado ‘desde fuera’, es decir, desde aquel definido por otros preceptos constitucionales o de normas de garantía delimitativas de derechos fundamentales y bajo premisa de reserva de ley”.

⁴⁵⁴ “Nach einer Formulierung des BVerfG muss bei der Entscheidung darüber, was die guten Sitten jeweils im Einzelfall fordern, in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat. Auf diese Weise droht allerdings die Gefahr, dass man bei Bestimmung der guten Sitten von einer Formel zur nächsten gelangt. Da jede dieser Formeln nur begrenzt konkretisierungsfähig ist, muss der von § 138 eingesetzte Maßstab vor allem durch die Ermittlung der Art des Zusammenwirkens der in der Rspr. schon anerkannten Prinzipien (zB Freiheitswahrung, Äquivalenzwahrung, Schutz bestehender Ordnungen) erfasst

que a acusa de apenas substituir uma fórmula por outra, ignorando a necessidade de sistematizarem-se os valores por meio da formulação de grupo de casos, aqui entendidos “como o precipitado do senso de decência dos pensadores justos à luz do Direito e da justiça”.

Além disso, Mayer-Mali (1994, p. 139, tradução nossa⁴⁵⁵) ressalta que as cláusulas de bons costumes do BGB (especialmente os §§ 138 e 826) definitivamente não foram concebidas “como um instrumento para o transporte de valores constitucionais fundamentais”. Assim, “quando são utilizados nesta função, eles [os bons costumes] [...] passam por uma certa mudança. Não são mais apenas as transações jurídicas que são absolutamente intoleráveis, mas também aquelas que não estão suficientemente adaptadas à ordem constitucional” — i. é: os bons costumes não mais como “*padrões mínimos de valores* que, por experiência, são indispensáveis às sociedades” (MAYER-MALY, 1994, p. 171, tradução nossa⁴⁵⁶, grifo nosso), mas agora como ‘todos os padrões de valores’ constitucionalmente consagrados⁴⁵⁷. Isso leva a digressões semelhantes às que serão feitas (na Seção 2.1.3) quanto à expansão da boa-fé objetiva para âmbitos para os quais não foi dogmaticamente desenvolvida: os bons costumes, se passam a ser tudo, tornam-se nada, uma vez que acabam ‘diluídos’ em outras noções (especialmente, aqui, a de princípios).

Um terceiro problema — e este não é peculiar em Thamís Castro, mas generalizado na teoria dos princípios — é a falta de parâmetros para identificação desses “valores consagrados pela Constituição na forma de princípios jurídicos” (sobre a lógica circular nisto, tratar-se-á na Seção 3.2.1).

werden. Wenngleich dabei die Gefahr von Zirkelschlüssen besteht, ist es unvermeidlich, die Leitgedanken anerkannter Lösungen von Fallgruppen als Niederschlag des Anstandsgefühls der billig und gerecht Denkenden anzusehen”.

⁴⁵⁵ “Die von Canaris notierten Unstimmigkeiten resultieren einfach daraus, daß § 138 BGB gewiß nicht als Transportinstrument für verfassungsrechtliche Grundwertungen konzipiert worden ist. [...] Allerdings erfahren sie dann, wenn sie in dieser Funktion herangezogen werden, selbst einen gewissen Wandel. Als sittenwidrig erscheinen nicht mehr nur schlechthin unerträgliche, sondern auch der Verfassungsordnung bloß zu wenig angepaßte Rechtsgeschäfte”.

⁴⁵⁶ “Dabei geht es nicht um irgendeine Hoch- oder Sondernorm, sondern um jenes bescheidene Minimum an Wertvorstellungen, ohne das Sozietäten erfahrungsgemäß nicht auskommen können”.

⁴⁵⁷ A mesma advertência é feita por Lorenz Kähler (2022 [§ 242, mg. 170], tradução nossa), quanto à irrupção de valores constitucionais no direito privado, por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva: “a formulação de que as visões de valor relevantes para o § 242 [do BGB] são ‘principalmente determinadas pelas decisões fundamentais da constituição’ é enganadora. Pois o § 242 é determinado principalmente pelo conteúdo ético-jurídico mínimo para as relações privadas incorporadas através do conceito de confiança e, ao contrário da constituição, depende também categoricamente dos costumes [Vor diesem Hintergrund ist die Formulierung irreführend, dass die für § 242 maßgeblichen Wertvorstellungen ‚in erster Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt werden‘. Denn in erster Linie sind für § 242 die über den Begriff der Treue aufgenommenen minimalen rechtsethischen Inhalte für private Beziehungen maßgeblich und hängen anders als die Verfassung ausdrücklich auch von der Verkehrssitte ab]”.

1.4 Excurso: abordagem germanófila definitiva da violação a princípio

Há uma abordagem do abuso que não se pode qualificar nem como de tradição alemã de *unzulässige Rechtausübung* (porque não se desenvolve por meio da formulação dogmática de grupos de casos, mas de valorações *ad hoc*), nem como de tradição francesa de *abus* (até porque é marcadamente germanófila — ou, mais especificamente: alexyana).

Na verdade, a abordagem de abuso como violação a princípio é tão somente uma releitura das doutrinas civilistas de abuso à luz do paradigma de Robert Alexy⁴⁵⁸ (COMANDUCCI, 2012, p. 29). Paradoxalmente, essa releitura (mesmo que fosse aceitável) leva à inutilidade dogmática da noção de abuso: se a ponderação alexyana resolve a questão sobre a licitude ou a ilicitude de um comportamento, qual a utilidade de, depois de descobrir a sua ilicitude, tachá-lo de abusivo? De todo modo, da falta de reconhecimento da existência de direitos subjetivos antes da ponderação alexyana (uma ‘ilusão desonesta’), decorre a inadequação de um discurso de abuso por violação a princípio (em sentido alexyano).

Viu-se, na Seção 1.1.1, que a abordagem do abuso como violação a princípio tem algum prestígio na literatura latina — muito embora sem encontrar eco na jurisprudência brasileira de abuso de direitos fundamentais. Dentre as doutrinas de abuso que sustentam esta concepção, a de maior destaque é a de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2014, p. 18-27), que qualificam o abuso como um comportamento permitido por regra (definida como norma com conjunto fechado de propriedades, que exclui a deliberação do destinatário para determinação da conduta, “razões peremptórias dentro de seu alcance justificado”), mas uma proibição ‘*all things considered*’, decorrente de processo argumentativo calcado em princípios (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2014, p. 97-103).

⁴⁵⁸ Especialmente sobre a concepção de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero — os principais expoentes desta abordagem —, Paolo Comanducci (2012, p. 25, tradução nossa, grifo nosso) afirma o seguinte: “Atienza e Ruiz Manero apresentam uma *redefinição do abuso de direito* — o que, de certa forma, restringe a definição do conceito que é dado pelos usos efetivos da locução [*Atienza e Ruiz Manero presentano una ridefinizione dell'abuso del diritto - che restringe un poco la definizione del concetto che è data dagli usi effettivi della locuzione*]”.

‘Princípios’⁴⁵⁹, por sua vez, seriam as normas⁴⁶⁰ programáticas (diretrizes⁴⁶¹) e as normas que expressam valores superiores de um ordenamento jurídico (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2009, p. 51 et seq.). E abusos seriam ilícitos atípicos porque são ações (no sentido mais amplo) “opostas aos princípios de mandato” (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2012, p. 32, tradução nossa⁴⁶²).

⁴⁵⁹ Ralf Poscher (2010, p. 353-354) observa que há, dentro da teoria dos princípios alexyana, diversas definições de princípios, todas elas envolvendo exigência de otimização. O tratamento, nesta subseção, da específica definição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero não é uma escolha arbitrária; justifica-se como necessária a contextualização de sua abordagem de abuso. Atienza e Ruiz Manero (2009, p. 51 et seq.) listam as oito “acepções mais significativas” de princípios: norma muito geral; norma redigida em termos particularmente vagos; norma programática (diretriz); norma que expressa valores superiores de um ordenamento jurídico; norma especialmente importante; norma de hierarquia elevada; norma que define como se deve selecionar a norma aplicável, interpretá-la, etc.; e máxima da Ciência Jurídica com grau considerável de generalidade, mas adotam apenas a terceira e a quarta acepções, intitulando-as, respectivamente, ‘princípios em sentido estrito’ e ‘normas programáticas’ (diretrizes). Para eles, apenas estas últimas podem ser cumpridas em graus (portanto ponderadas), mas não aqueles (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2009, p. 56). Isso exige, obviamente, uma reformulação na teoria dos princípios alexyana (princípios como mandamentos sujeitos à otimização), a fim de incluírem-se os ‘princípios em sentido estrito’. Atienza e Ruiz Manero (2012, p. 32, tradução nossa) caracterizam, então, os princípios como entidades que contêm apenas “diretrizes *prima facie*”, portanto “não podem ser aplicados diretamente à resolução de um caso, mas primeiro precisam dar origem a regras”.

⁴⁶⁰ ‘Normas’ (‘princípios’ e ‘regras’) são, para Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2009, p. 54, grifo nosso), entidades (“os Direitos estão *formados por normas*”) ontologicamente estanques (“as normas podem [...] ser *regras* ou *princípios*”). É válido citar a ressalva de Ralf Poscher (2015, p. 11-12) quanto à diferenciação ontológica entre regras e princípios *nessa* teoria dos princípios, de cariz alexyano: “Uma análise do trato da ordem jurídica com colisões de normas mostra, porém, que regras e princípios são estruturados de forma idêntica e que se diferenciam não em sua estrutura, mas apenas no conteúdo contingente de uma estrutura unitária. Isto fica claro quando se leva em conta como e, quão diferente, as colisões entre normas são resolvidas. A ordem jurídica reage a colisões entre normas com regras de colisão, que possuem conteúdos substancialmente diferentes e podem, dependendo da apresentação, ser pensadas como regras independentes ou ser integradas na regra como supostos de fato excepcionais (*Ausnahmetatbestände*). Essas regras de colisão conduzem a que, ou uma das normas colidentes perde sua vigência, ou serão incorporados supostos de fato [*Tatbestände*] excepcionais a uma ou a ambas as normas, que evitem a colisão. O mandamento da ponderação otimizadora é com isso apenas um conteúdo possível de tal suposto de fato excepcional. A ponderação otimizadora se diferencia de outros supostos de fato excepcionais da mesma forma que eles se diferenciam entre si quanto ao conteúdo. O conteúdo distinto dos outros supostos de fato excepcionais não afeta, entretanto, a estrutura das normas. Assim como o princípio da Lex-posterior não cria um tipo de norma estruturalmente próprio, o princípio da ponderação também não o faz”.

⁴⁶¹ É muito interessante observar o quanto essa conclusão de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero confirma a hipótese de Lucas de Laurentiis (2017, p. 147 et seq.): uma vez que a distinção entre princípios e regras segundo um critério de otimização soçobra (o que são otimizáveis não são regras ou princípios, mas objetos: pneus, saúde etc.), só resta aos seguidores da teoria dos princípios alexyana classificar os ‘princípios’ como normas sujeitas ou não a realização em graus, “em função de uma finalidade”. Com isso, porém, acaba-se apenas substituindo uma categoria já há muito conhecida: a de ‘normas programáticas’. As normas programáticas (no contexto do ‘Direito regulativo’) caracterizam-se exatamente por indicar apenas os objetivos, deixando a especificação para os órgãos aplicadores (OLIVEIRA, Renata, 2013, p. 37). A sua substituição, promovida pela teoria dos princípios alexyana, ocorre com perda metódica, porque as normas programáticas eram dogmatizadas, enquanto os ‘princípios’ (entendidos como “normas programáticas”, no dizer de Atienza e Manero) são reduzidos a um zero dogmático, e submetidos totalmente à ponderação *ad hoc*.

⁴⁶² “*Gli illeciti sono azioni (intendendo l’espressione nel senso più ampio) opposte a norme regolative di mandato. Siccome le norme di mandato possono essere regole o principi, esistono due tipi di illeciti: gli illeciti tipici, che sono azioni opposte a regole di mandato e gli illeciti atipici, che sono azioni opposte a principi di mandato*”.

Para Atienza e Ruiz Manero (2012, p. 32, tradução nossa⁴⁶³), o que caracteriza os princípios é que eles contêm apenas “diretrizes *prima facie*”, portanto “não podem ser aplicados diretamente à resolução de um caso, mas primeiro precisam dar origem a regras”. Ao contrário do que sustentam, por exemplo, Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris e António Castanheira Neves⁴⁶⁴, para Atienza e Ruiz Manero os princípios não podem orientar a concretização das regras: se há princípios envolvidos no desenvolvimento/na criação do Direito no caso concreto, não pode haver regras *ante casum*, porque as regras serão (ao menos quando há envolvimento de princípios) já o resultado de ponderação (em sentido alexyano)⁴⁶⁵. Em suma: para Atienza e Ruiz Manero, não pode haver regra *ante casum* orientável por princípio⁴⁶⁶. Esta é uma concepção que, ao menos até aqui⁴⁶⁷, segue a linha inaugurada por Robert Alexy (2011, p. 87 [nota de

⁴⁶³ “[...] i principi — contenendo soltanto direttive prima facie e, pertanto, non conclusive — non possono essere applicati direttamente alla risoluzione di un caso, ma prima necessitano di dare luogo a regole che stabiliscano [...]”.

⁴⁶⁴ Aqui, confrontam-se *grosso modo* um projeto teórico-argumentativo de teoria dos princípios (Josef Esser) com outro metódico (Robert Alexy e seus discípulos) (POSCHER, 2015, *passim*). Para Esser (1961, p. 175-176, tradução nossa) “os princípios não são em si mesmos fontes do Direito, mas sim convertem em fontes aqueles atos, pelo feito de orientá-los [los principios no son en sí mismos fuentes del derecho, sino lo que convierte en fuentes a aquellos actos, por el hecho de orientarlos]”. Esse ‘projeto’ é seguido também por Karl Larenz (1997, p. 316): “Os ‘princípios jurídicos’ não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar ‘fundamentos justificativos’ delas”. O mesmo se pode dizer de seu discípulo, Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 86 [nota de rodapé 147]): o princípio, para ele, distingue-se da disposição jurídica [*Rechtssatz*] “por não estar ainda, em regra, suficientemente concretizado para permitir uma subsunção, precisando, por isso de uma ‘normativização’”, a qual permite a passagem “do princípio para a norma”. Princípios “não são normas e, por isso, não são capazes de aplicação imediata” (CANARIS, 2002, p. 96). Também por António Castanheira Neves (1993, p. 142-143): “No sistema jurídico são fundamentos [...] os princípios e são critérios as normas (legais ou jurisprudenciais) ou os precedentes. [...] só elas [as normas] (e não, p. ex. os princípios) podem desempenhar a função metódica de critério e porque [só as normas, não os princípios] têm a seu favor a força vinculante da *autoridade* (autoridade político-jurídica)”. A citação de Castanheira Neves chama a atenção para um importante elemento de distinção entre ‘projetos’: no esseriano, não compete ao legislador (constitucional ou ordinário) criar, prescrever ou positivar princípios. O segundo projeto, de Alexy, “[n]a medida em que [...] reduz a configuração multifacetada da aplicação jurídica à alternativa ‘subsunção ou ponderação’, [...] dá um passo atrás, enquanto teoria da argumentação, em relação ao nível de conhecimento já atingido, para o qual de forma mais intrincada o próprio Alexy competentemente contribuiu [com o seu *Teoria da argumentação jurídica*]. Simplificação no sentido de sua teoria dos princípios significaria, em contrapartida, uma perda da capacidade de diferenciar e de profundidade da nossa compreensão acerca daquilo que nós fazemos quando aplicamos Direito”.

⁴⁶⁵ Dito de outro modo: “Quando há uma regra, é a regra que, ao escolher uma solução, equilibra o peso diferente dos princípios no caso [*Quando c'è la regola, è essa che scegliendo una soluzione contempera nel caso il diverso peso dei principi*]” (GENTILI, 2012, p. 327, tradução nossa)..

⁴⁶⁶ A conclusão de Paolo Comanducci (2012, p. 23, tradução nossa) é: se “as regras só se aplicam se não forem contrárias aos princípios relevantes [...], para Atienza e Ruiz Manero [...] é todo o Direito que é inútil, e que a licitude ou a ilicitude da conduta depende apenas, em última análise, da moral” (no original: “*le regole si applicano solo se non sono contrarie ai principi rilevanti. Io credo che si potrebbe addirittura estendere questa conclusione di Celano e affermare che per Atienza e Ruiz Manero - come per Nino - sia tutto il diritto ad essere in ultima analisi inutile, e che la liceità o illiceità delle condotte dipenda solo, in ultima analisi appunto, dalla morale*”).

⁴⁶⁷ Uma análise das críticas recíprocas de Robert Alexy e Atienza/Ruiz Manero encontra-se em Marcelo Neves (2019a, p. 72-73).

rodapé 8]). Os princípios de Atienza/Ruiz Manero, assim, teriam função genética, mas nenhuma função interpretativa das regras.

No Brasil, foi Ricardo Marcondes Martins quem defendeu com maior ênfase a abordagem do abuso como violação a princípio. De maneira até mais transparente que Atienza e Ruiz Manero, entende que “toda *regra jurídica* é a concretização de um *princípio jurídico*” (MARTINS, R., 2010, p. 18-19). Mais: “não é a edição da regra que implica a incidência do princípio, mas, pelo contrário, a incidência do princípio é que obriga a edição de uma regra” (MARTINS, R., 2010, p. 20). Se há princípio envolvido, deve haver *criação* de uma *nova* regra. Essa regra decorre, na concepção de R. Martins (2010, p. 20), da “ponderação entre os princípios colidentes”.

O primeiro problema que deve ser abordado é a impossibilidade lógica de abuso nas doutrinas de Atienza/Ruiz Manero e R. Martins: o direito subjetivo, na teoria alexyana, só pode ser concedido por uma regra (porque o princípio não se aplica diretamente⁴⁶⁸), e tal regra nunca poderá contrariar princípios (pois a regra só existe como resultado da ponderação de princípios). Portanto, antes da efetiva aplicação do princípio (intermediada pela regra criada), não pode haver direito subjetivo (porque não há regra, mas sim, no máximo, um ‘protótipo’ de regra, uma ‘protorregra’), e, por consequência, não pode haver direito ‘em abstrato’ legalmente típico — mas este é, justamente, um dos pressupostos do discurso de abuso.

Provavelmente, o crítico mais enfático da ideia de tipicidade/atipicidade do lícito/ilícito na teoria de Atienza/Ruiz Manero é o italiano⁴⁶⁹ Bruno Celano (2006, p. 1074, tradução nossa⁴⁷⁰): “sempre que houver uma regra, deverão ter-se em conta, na ponderação de todas as razões aplicáveis ao caso, também as razões para decidir com base na regra. Mas estas também serão, precisamente, razões ulteriores, relevantes que entrarão na ponderação”. Ele dá o seguinte exemplo: um grupo de amigos tem uma regra que proíbe

⁴⁶⁸ Sobre isto, cf. a ressalva na nota de rodapé 1092.

⁴⁶⁹ O debate sobre o abuso de direito na Itália acendeu-se em 2004, quando se publicou a tradução em italiano da obra *Illicitos atípicos*, de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (COMANDUCCI, 2004, p. 19). Desde então, o debate italiano tem se centrado neste estudo: COMANDUCCI, 2004; PINO, 2006; CELANO, 2006; GENTILI, 2012; ZACCARIA, 2016; VELLUZZI, 2019. Uma exceção é Mario Barcellona (2014, *passim*), que entende existirem duas “faces” tradicionais do abuso: algumas concepções seriam introvertidas (apelo ao sistema), enquanto outras seriam extrovertidas (apelo a uma ordem moral ou solidária); o trabalho de Atienza/Ruiz Manero recebe aqui apenas uma vaga referência (BARCELLONA, 2014, p. 493 [nota de rodapé 69]). Para uma revisão da literatura italiana sobre o abuso de direito, desde Scialoja até Giuseppe Zaccaria, cf. CAZZETTA (2017).

⁴⁷⁰ “ogni volta che c’è una regola bisognerà tenere conto, nel bilanciamento di tutte le ragioni applicabili al caso, anche delle ragioni per decidere sulla base della regola. Ma anche queste saranno, per l’appunto, ragioni ulteriori, rilevanti, che entreranno nel bilanciamento”.

Tício de participar de festas organizadas por eles; mas se reconhece, no mesmo grupo, o princípio de que todos têm direito de participar de festas, segundo o grau de sua vontade. Para saber se a regra aplica-se ao caso (i. é: se Tício foi excluído da festa), é necessário perguntar-lhe se ele tem vontade de participar do evento, então o que se aplica ao caso não é a regra, mas apenas o princípio (CELANO, 2006, p. 1075). O raciocínio de Atienza/Ruiz Manero é um pouco (mas nem tanto) mais sofisticado que isso⁴⁷¹, mas o exemplo de licitude atípica pode ser didaticamente invertido para outro, de abuso (ilicitude atípica): mesmo se houver uma (protor)regra permitindo a participação de todos os membros do grupo em todas as festas, Tício poderá ser excluído, se, no caso concreto, ou o princípio subjacente a essa (protor)regra não a justificar, ou se aquele não prevalecer na ponderação com outro princípio. O resumo é: “na teoria de A&RM [Atienza e Ruiz Manero] só há espaço para princípios, e não para regras”⁴⁷² (CELANO, 2006, p. 1080, tradução nossa⁴⁷³).

Virgílio Afonso da Silva (2014, p. 145-146), fazendo remissão a Martin Borowski, fala de uma “ilusão desonesta”: “aquele que, apenas com base em um direito *prima facie*, definido a partir de uma perspectiva da teoria externa [inclusive a teoria dos princípios alexyana], nutre esperanças de um direito definitivo ‘cria expectativas sem fundamento’”. Borowski (2003, p. 65, tradução nossa⁴⁷⁴) complementa: “um princípio só gera uma pretensão a obter um resultado acertado depois de uma ponderação”. Assim o é porque, se outro princípio deve prevalecer sobre o(s) princípio(s) que orienta(m) a protorregra —

⁴⁷¹ Bruno Celano não o diz, mas para que o ‘princípio de participação universal segundo a vontade’ pudesse ser aplicado no caso: (a) ou ele teria que prevalecer condicionadamente, no caso concreto, sobre o ‘princípio’ que subjaz à regra (por exemplo: o ‘princípio de exclusão voluntária de pessoas chatas’); (b) ou o ‘princípio de exclusão voluntária de pessoas chatas’ aplicar-se-ia a Tício em um grau tão mínimo (‘Tício até conta boas piadas, de vez em quando...’), que a sua presença na festa seria tolerável. Essa ideia está explícita em Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2014, p. 28): “uma regra de permissão resulta supra-inclusiva com relação às exigências dos princípios que constituem sua justificação subjacente ou com as exigências de outros princípios do sistema: a restrição no alcance ou âmbito de aplicação de uma regra de permissão (que caracteriza tanto o abuso de poder, como a fraude à lei ou o desvio de poder) é produzida porque se trata de ações que, ainda que sejam *prima facie* subsumíveis a uma regra de permissão, não resultam concordes à justificação subjacente dessa regra de permissão, ou esta se vê deslocada por algum outro princípio que, no caso concreto, tem um peso maior”.

⁴⁷² No mesmo sentido: “Se as teorias de Austin, Kelsen e Ross são inadequadas por serem incompletas, já que não há espaço para princípios, o mesmo acontece com a teoria de Atienza e Ruiz Manero, já que não há espaço para regras [Se le teorie di Austin, Kelsen e Ross sono inadeguate perché incomplete, dato che non presentano alcuno spazio per i principi, altrettanto lo è la teoria di Atienza e Ruiz Manero, dato che non vi è in essa alcuno spazio per le regole]” (COMANDUCCI, 2012, p. 24, tradução nossa).

⁴⁷³ “nella teoria di A&RM ce spazio solo per i principi, e non per le regole”.

⁴⁷⁴ “Se puede hablar únicamente de falta de honestidad, si se ha prometido más de lo cumplido. Sin embargo, un principio sólo genera una pretensión a obtener un resultado acertado luego de una ponderación; ciertamente no promete menos, pero tampoco más. Quien interpreta un principio como la promesa de un derecho definitivo incurre en un malentendido”.

continua-se raciocinando aqui dentro da teoria da norma adotada pelos autores —, isto criará uma regra efetiva (portanto não havia regra antes). Se o comportamento valorado subsumir-se à regra efetiva criada pela aplicação do(s) princípio(s), por ponderação alexyana, ele é lícito; se não se subsumir, é ilícito. Não há abuso, porque não há licitude típica: quem só pode invocar um ‘direito’ pré-ponderação (direito aparente), na verdade, “atua *sem* direitos”, como Borowski (2003, p. 69, tradução nossa⁴⁷⁵) deixa muito claro.

Isto fica bastante evidente em Atienza e Ruiz Manero. Aquele sustenta explicitamente, seguindo Alexy, que a ponderação dá-se em dois passos: “no primeiro — a ponderação em sentido estrito — passa-se do nível dos princípios ao das regras, isto é, *cria-se uma nova regra*. Depois, no segundo passo, parte-se da regra e subsume-se a ela o caso a resolver” (ATIENZA, 2012a, p. 26, tradução nossa⁴⁷⁶, grifo nosso). Nos casos de ponderação alexyana, portanto, não há regra *ante casum*: como expõe o próprio Alexy (2011, p. 98), a relação de precedência resultante da ponderação “é o pressuposto do suporte fático [*Tatbestand*] de uma regra”. Nos casos de ponderação alexyana, portanto, a protorregra é inexoravelmente substituída pela regra efetiva — o que leva à objeção de ‘ilusão desonesta’ acima feita. Nas palavras de Fabrizio Piraino: há, na teoria de Atienza e Ruiz Manero,

apenas um conceito de lícito ou ilícito: o que é ilícito é o que, e apenas o que, a ponderação dos princípios aplicáveis ao caso proíbe (o que quer que as [protor]regras digam); o que é lícito é o que, e apenas o que, a ponderação dos princípios aplicáveis permite (o que quer que as regras [rectius: protorregras] digam). (PIRAINO, 2013, p. 98-99, tradução nossa⁴⁷⁷, grifo nosso).

Restaria, então, apenas uma possibilidade de haver abuso (potestade tipicamente concedida e ilicitude atípica) por violação a princípio: um comportamento subsumível à interpretação ‘em abstrato’ de uma regra concessiva de direito subjetivo (não interpretada em função de princípios), e cuja ilicitude não decorra da relação de precedência condicionada resultante da ponderação alexyana de princípios. Isso poderia ocorrer, nos limites da teoria dos princípios alexyana (seguida por R. Martins, e, *grosso modo*, por

⁴⁷⁵ “En el caso de derechos no limitables, el procedimiento de aplicación jurídica cumple la tarea de verificar si el contenido aparente del derecho es también su contenido verdadero. [...] Quien únicamente puede invocar un derecho aparente, actúa sin derechos, y no con derechos reducidos o restringidos”.

⁴⁷⁶ “Y vayamos ya al esquema de la ponderación. La clave para entender esta técnica argumentativa es verla como un procedimiento con dos pasos: en el primero —la ponderación en sentido estricto— se pasa del nivel de los principios al de las reglas, esto es, se crea una nueva regla. Luego, en el segundo paso, se parte de la regla y se subsume en la misma el caso a resolver”.

⁴⁷⁷ “Da ciò la conclusione che ‘c’è, nella teoria di A&RM, un solo concetto di lecito, o illecito: è illecito ciò che, e solo ciò che, il bilanciamento dei principi applicabili al caso proibisce (cheché ne dicano le regole); è lecito ciò che, e solo ciò che, il bilanciamento dei principi applicabili permette (cheché ne dicano le regole)”.

Atienza/Ruiz Manero), se se admitisse que o Estado-legislador não ponderou princípios para estabelecer, por exemplo, que o nível máximo de emissão industrial de óxido de nitrogênio é de 150 miligramas por metro cúbico: esta pode ter sido uma solução de compromisso parlamentar, ou ter sido simplesmente arbitrária (muito embora sem violar os limites impostos contra o Estado pelos direitos fundamentais). Nesse caso hipotético — em que a regra não é resultado da aplicação de princípios —, o administrador de uma indústria que emita 140 miligramas por metro cúbico de óxido de nitrogênio poderia dizer: ‘eu tenho o direito de emitir 140 miligramas por metro cúbico de óxido de nitrogênio’, e essa não seria uma ‘ilusão desonesta’. E, se ele emitisse 140 miligramas por metro cúbico de óxido de nitrogênio ininterruptamente por vários meses, a fim de fazer os vizinhos venderem a si suas propriedades, poder-se-ia dizer que ele abusou do seu direito.

Essa não é, contudo, uma argumentação adequada à teoria alexyana dos princípios, porque, para esta, devem-se introduzir no raciocínio os ‘princípios formais’. O exemplo acima não é aleatório: Borowski (2019, p. 13 et seq.) aponta que, na fórmula de ponderação *ad hoc* de Alexy, deve ser considerado o quanto a corte revisora das decisões legislativas pode interferir (com fundamento em ‘princípios formais’) na decisão do legislador. A decisão legislativa sobre o limite dos 150 miligramas por metro cúbico de óxido de nitrogênio (é esta exatamente a sua hipótese) é vista, então, como uma interferência no ‘princípio’ do art. 12 da Lei Fundamental alemã — “Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão” (ALEMANHA, 1949) — porque, “a despeito de autorizar alguma emissão de óxido de nitrogênio, este limite exige investimentos em filtros” (BOROWSKI, 2019, p. 13, tradução nossa⁴⁷⁸). Por outro lado, o mesmo limite de 150 miligramas por metro cúbico é visto como uma interferência no ‘princípio’ do art. 20 — “o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais” (ALEMANHA, 1949) —, “em razão de haver alguma emissão permitida de óxido de nitrogênio” (BOROWSKI, 2019, p. 13-14, tradução nossa⁴⁷⁹). A solução é que os dois ‘princípios’ precisam ser ponderados *ad hoc*, a fim de saber-se se o grau de satisfação do ‘princípio da liberdade de profissão’ compensa o grau de insatisfação do ‘princípio do meio ambiente’. Ao Estado-legislador concede-se — pelo menos! — uma margem de discricionariedade (para Borowski, o princípio formal deveria impor o respeito das

⁴⁷⁸ “The legislator decides that certain brown coal power plants are supposed to emit no more than 150 mg per m³ nitrogen oxide in waste gas. This is an interference with Article 12 (1) BL — while allowing for some emission of nitrogen oxide, this limit requires investment in filters”.

⁴⁷⁹ “There is non-satisfaction of Article 20a BL, the principle of environmental protection, for there is some emission of nitrogen oxide permitted”.

decisões do legislador que estejam entre 150 e 300 miligramas por metro cúbico). Em suma: com a introdução dos ‘princípios formais’, o administrador da indústria, até saber o resultado da ponderação *ad hoc*, não pode dizer ‘tenho um direito’ — esta seria uma ‘ilusão desonesta’! —, portanto não pode abusar dele.

Em outras palavras: a introdução dos ‘princípios formais’ elimina a possibilidade residual de abuso na teoria dos princípios alexyana, porque promove uma “prima facialização dos direitos” (NOVAIS, 2021, p. 73). Alexy (2011, p. 105) define os ‘princípios formais’ precisamente como aqueles que estabelecem que as ‘regras’ que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas devem ser seguidas, mas apenas *a priori*⁴⁸⁰. Se essa ‘regra *a priori*’ é, de fato, uma regra ou apenas uma protorregra é facilmente percebido: toda e qualquer ‘regra’ passa a sujeitar-se à ponderação alexyana, porque a ‘colisão’ entre princípios substantivos envolvendo — ainda que em um metanível — princípios formais também gera uma relação de precedência condicionada (ALEXY, 2014, p. 516 et seq.), portanto uma regra efetiva. Toda ‘regra’, ainda que legislativa, é, então, apenas ‘protorregra’.

O segundo problema de interesse é que, mesmo que fosse possível conciliar-se a noção de abuso com a de regras violando princípios, isso não ofertaria parâmetros metódicos de aferição — o que fica muito evidente, mais uma vez, em R. Martins (2010, p. 90-92). O autor qualifica como abusivo o comportamento que restringe excessivamente “princípios materiais” opostos, somados aos “princípios formais especiais da função social, do fim econômico, da boa-fé e dos bons costumes”. Um “princípio formal” reforçaria o “peso abstrato” de um dos princípios colidentes (MARTINS, R., 2010, p. 39). A atribuição de “pesos abstratos” não é racionalizável; o acréscimo de peso (quanto?) dado por um princípio formal não é sequer compreensível — tampouco escalas excêntricas como a de 2^{-2} , 2^{-1} , 2^0 , 2^1 e 2^2 sugerida por Alexy (2014, p. 515), como demonstrado por

⁴⁸⁰ Essa é, como aponta Martin Borowski (2019, p. 23 et seq.), já uma segunda formulação de Robert Alexy. Em um primeiro momento, Alexy adotou o ‘modelo de combinação’, em que o princípio formal deveria somar-se a um dos princípios substantivos colidentes, acrescentando-lhes peso relativo no caso. Em um segundo momento, Alexy adotou o ‘modelo epistêmico’, em que o que se soma a um dos princípios substantivos colidentes é não o princípio formal em si, mas o resultado de uma metaponderação entre o princípio formal e a dimensão epistêmica do princípio substantivo. Borowski critica, em Alexy II, a falta de consideração, na fórmula de ponderação, da amplitude da revisão judicial admitida: no exemplo do limite máximo de emissão de óxido de nitrogênio, a fórmula de Alexy II não autoriza a inserção de uma variante — ainda que na escala triádica (2^0 , 2^1 , 2^2) — que represente o quanto a corte revisora da decisão do legislador pode nela interferir: para Borowski, como dito, um juiz só poderia interferir na decisão legislativa se o limite fosse inferior a 150 miligramas por metro cúbico (porque não satisfaz minimamente o ‘princípio da liberdade de profissão’ ou superior a 300 miligramas por metro cúbico (porque sacrificaria demais o ‘princípio do meio ambiente’). Sobre a ‘escala triádica’ alexyana: ALEXY, 2003, p. 440-443.

Bernhard Schlink (1976, p. 127 et seq.) e por Jorge Reis Novais (2021, p. 79-85).

No fim das contas, prevalece sem questionamento o ‘peso’ dado pelo juiz aos elementos em jogo. Tudo se passaria assim: os particulares teriam, segundo R. Martins (2010, p. 82), a obrigação de ponderar antes de cada comportamento — assim como o constituinte (ponderar o quê, se não há nem mesmo constituição?) e o legislador (nada mais distante da realidade que parlamentares ponderando, em sentido alexyano, em sua atividade política) —, e, nessa ponderação do particular, “deve ser considerado o princípio formal que dá primazia às ponderações privadas e o peso do princípio material do direito individual à liberdade”. Dito de outra forma: o particular, no momento de realizar qualquer comportamento, “não é obrigado a concretizar o princípio mais pesado [...]. Porém, ao buscar a concretização do princípio relativo à sua esfera de interesse, deverá efetuar uma ponderação e apurar até que ponto o sistema lhe permite restringir os princípios opostos” (MARTINS, R., 2010, p. 89). Para exemplificar, pode-se pensar em um exemplo lúdico: se o pai de dois filhos tem apenas um pirulito, ele precisa, para decidir sobre a licitude do aventado comportamento de dá-lo ao que mais gosta do doce, ponderar os princípios colidentes (quase sempre há um disponível, e, se não houver, sempre é possível socorrer-se do ubíquo “princípio da dignidade da pessoa humana”, como o faz o próprio R. Martins (2010, p. 100)) com o princípio material do seu direito individual à liberdade, somado ao princípio formal da autonomia privada. Não há nenhuma racionalidade nessa equação — mesmo porque nenhum elemento é racionalizável. Ou, nas palavras de Jorge Reis Novais (2018, p. 281 [nota de rodapé 174]), com grande grau de sarcasmo: “O mínimo que se pode dizer é que não será uma ponderação ao alcance das capacidades de qualquer um...”

Deve-se ressaltar que nem todo discurso de princípios é incompatível com as doutrinas do abuso: o que se afirma aqui é que a teoria dos princípios alexyana o é. Um discurso de princípios (não o de Alexy, certamente⁴⁸¹) pode, a depender da concepção

⁴⁸¹ ‘Princípios’ podem também ser compreendidos como fundamentos de dogmáticas (no sentido argumentativo de Josef Esser, e não no sentido “adogmático” da teoria dos princípios de Robert Alexy), como apontado por Ralf Poscher (2015, p. 27). A diferença neste aspecto particular é que, em Esser, os princípios servem como aglutinadores de elementos dogmáticos (grupos de casos); em Alexy, são elementos que fazem tábula rasa da dogmática (liberando o aplicador do constrangimento dogmático de fundamentação, em cada caso concreto, do porquê de cada um dos afirmados princípios dever ser compreendido como otimizável sob o critério pareto-ótimo, ante alternativas como a subsunção, a garantia apenas de uma posição mínima ou a proibição apenas de desproporcionalidades graves). A teoria dos princípios de Alexy padece dessa simplificação artificial; a de Esser, não. Franz Bydlinski (1998, p. 38, tradução nossa) faz uma interessante consideração, da qual a teoria dos princípios de Alexy não pode dar conta: há não um plano único de princípios, mas várias ‘camadas’: “as camadas de princípios também devem ser utilizadas em etapas, desde as da parte mais estreita do sistema até as da parte geral. ‘Saltos’ aleatórios, das partes do sistema inicialmente afetadas para máximas individuais de

adotada, seguir uma dinâmica muito parecida, por exemplo, com a das cláusulas gerais (RÜCKERT, 2017, p. 584; PIRAINO, 2013, p. 107; OLIVEIRA, Rafael, 2008, p. 59) — ao ponto de Franz Bydlinski (2003, p. 87, tradução nossa⁴⁸²) afirmar que “as cláusulas gerais devem ser entendidas como uma referência aos princípios”. Por decorrência óbvia (Seção 1.2.1), há uma aproximação das dogmáticas dos princípios e dos abusos: isso fica evidente quando se trata dos princípios como ‘conceitos reunidores’ (MÜLLER, 2007b, p. 193).

Anderson Schreiber (2016, p. 76) chega a afirmar explicitamente que a “aplicação direta dos princípios constitucionais” dispensa a invocação do abuso. Isso, porém, deve ser considerado com especial cuidado. Tanto a remissão a princípios como o abuso podem funcionar como “elementos dogmáticos” semelhantes (LEIDNER, 2019, p. 179-180), desde que venham a ser desenvolvidos por meio de um trabalho jurídico empírico-crítico (BOOR, 1935, p. 274). Essa dinâmica sistematizadora afim fica muito evidenciada naquilo que Humberto Ávila (2008, p. 116 et seq.) intitulou “diretrizes para a análise dos princípios”, que vão desde a pesquisa de casos paradigmáticos, passam pela busca de similaridades concretas e pela constituição de “grupos de casos”, avançam à formulação de critérios, e terminam com a abertura a novas valorações. Nada muito diferente do que, nesta tese, entende-se como a função de ‘atalho’ do abuso (isto deve ter ficado claro na Seção 1.2.3).

Em resumo: a abordagem principiológica é, nestes últimos termos, sistematizadora — muito embora possa também ser definitória, como já se mostrou quanto ao trabalho de Thamis Viveiros de Castro (Seção 1.3.2.3), e aqui se mostra quanto às concepções de Atienza e Ruiz Manero e de R. Martins.

De todo modo, a relevância de uma abordagem de abuso por violação a princípio é bastante reduzida (se não eliminada) no abuso de direitos fundamentais, porque os autores que adotam uma teoria dos princípios alexyana apenas muito excepcionalmente reconhecem a existência de regras concessivas de direitos: Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 614), por exemplo, enxerga apenas a vedação à tortura e a irretroatividade da lei penal

camadas mais abstratas de princípios, fazem com que os resultados da descoberta do Direito sejam tão inconsistentes e imprevisíveis quanto a valoração livre [*die Prinzipiensichten sind gestuft, von denen des engeren Systemteils zu jenen des allgemeinen, einzusetzen. Beliebige ‚Springen‘ über die zunächst betroffenen Systemteile hinaus zu einzelnen Maximen abstrakterer Prinzipiensichten macht die Rechtsfindungsergebnisse ebenso inkonsistent und unvorhersehbar wie die freie Wertung*].”

⁴⁸² “Vielmehr müssen die Generalklauseln als Verweisung auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze [...]”.

como “direitos garantidos por normas *com a estrutura de regras*”, mas Atienza e Ruiz Manero (2012, p. 36 et seq.) negam justamente a possibilidade de abusar-se do direito de não ser torturado, porque o seu titular não pode agir de nenhuma forma normativamente protegida por esse direito^{483 - 484}. Provavelmente por isto, não se identificou na jurisprudência brasileira nenhuma decisão reconhecedora de abuso de direito fundamental por violação a princípio.

1.5 A recepção no Brasil das tradições civilistas franco-belga e alemã do abuso

No contexto dos primórdios das doutrinas civilistas do abuso, coloca-se o disposto no art. 160, I, do Código Civil de 1916: “Não constituem atos ilícitos: [...] Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (BRASIL, 1916). Na doutrina contemporânea àquele código, digladiaram-se os que defendiam a negação da consagração legal do abuso nesse dispositivo (ANTUNES VARELA, 1982, p. 42; VALLADÃO, 1971, p. 98) e os que, por outro lado, sustentavam ou a adoção legal da abordagem da intencionalidade danosa (LUNA, 1988, p. 119) ou a da abordagem do desvio de finalidade (MARTINS, P., 1997, p. 95). Mais perspicaz foi Alvino Lima — e isso o tempo mostrou —, que, sem negar a consagração da vedação ao abuso, destacou acertadamente que:

A controvérsia surge quando da fixação do que se deve entender por uso irregular do direito, determinando-se o critério fixador do abuso de direito. O uso irregular do direito será apenas o seu exercício, quando o titular do direito agir com intenção de lesar e sem interesse ou utilidade para si próprio? Ou devemos dar à expressão uso irregular do direito um sentido jurídico mais amplo, de molde a abranger, não só a hipótese da existência do *animus vexandi*, assim como os casos em que o exercício do direito fere a sua finalidade econômica e social? (LIMA, 1956, p. 47).

A consagração legal explícita da proibição do abuso, no Brasil, veio apenas em 1939, com o Código de Processo Civil decretado naquele ano (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 100-101): “O abuso de direito verificar-se-á [...] no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuzer, [*sic*] maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 3º, parágrafo único) (BRASIL, 1939). Esse dispositivo manifestamente adotivo da abordagem da intencionalidade danosa foi, na prática, a ‘porta de entrada’ do

⁴⁸³ Outros exemplos citados de direitos ‘não abusáveis’ são: o direito à vida, o direito à integridade física (de modo geral) e o direito a ser reconhecido como filho (KOVAČEVIĆ-KUŠTRIMOVIC, 1997, p. 48-49).

⁴⁸⁴ Mesmo que assim não fosse, o próprio direito a não ser torturado foi *prima facie* introduzido pela introdução, na fórmula de peso alexyana, dos princípios formais (NOVAIS, 2021, p. 73). Seria, assim uma ‘ilusão desonesta’ a crença de que exista um direito (propriamente dito) a não ser torturado: ele poderá ter que ceder, em uma ponderação alexyana.

abuso no Direito brasileiro (CARDOSO, 2006, p. 74).

Mais de sessenta anos passaram-se, até que o Código Civil atualmente vigente estabelecesse que: “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” (art. 187) (BRASIL, 2002). Esse ‘salto legislativo’, da abordagem da intencionalidade danosa⁴⁸⁵ para as do desvio de finalidade e da violação à boa-fé e aos bons costumes, não foi acompanhado por uma dogmática brasileira sólida sob a vigência dos diplomas anteriores: ao contrário, as doutrinas do abuso que se desenvolveram a partir do atual Código Civil têm raízes estrangeiras.

No particular, é importante destacar o prudente alerta de Claus-Wilhelm Canaris (2012b, p. 361, tradução nossa⁴⁸⁶): adotar-se uma teoria estrangeira “sem uma análise mais profunda da casuística a ela associada, ou seja, das soluções paradigmáticas de problemas que lhe pertencem, seria reconhecidamente um empreendimento arriscado, o que no melhor dos casos poderia levar a um ‘encontro fortuito’”. Por isso, foi fundamental compreender o que são as abordagens que se ofereciam para recepção⁴⁸⁷, e os parâmetros

⁴⁸⁵ A abordagem da intencionalidade danosa foi também positivada no Código Civil, mas de modo específico para o direito de propriedade (BARBOSA MOREIRA, 2003, p. 107-108), no art. 1.228, § 2º: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem” (BRASIL, 1988). Reconhecendo que o ato emulativo é também um desvio de finalidade, o CJF aprovou o Enunciado 49 (I Jornada de Direito Civil): “Art. 1.228, § 2º: a regra do art. 1.228, § 2º, do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187” (CJF, 2002).

⁴⁸⁶ “*Andererseits kann eine Theorienrezeption natürlich auch glücken. [...] Am günstigsten sind die Voraussetzungen hierfür naturgemäß, wenn die gesetzliche Regelung und die zu lösenden Probleme in beiden Ländern im Wesentlichen übereinstimmen, doch kann es zu einer geglückten Theorienrezeption auch schon dann kommen, wenn die Rechtsordnung des Rezeptionslandes zu den einschlägigen Fragen lediglich schweigt und es somit eine der Theorie entgegenstehende Regelung nicht gibt. Sie ohne nähere Prüfung der mit ihr verbundenen Kasuistik, also der zu ihr gehörenden paradigmatischen Problemlösungen, zu übernehmen, wäre freilich ein riskantes Unterfangen, das im besten Falle zu einem ‚Zufallstreffer‘ führen könnte, doch wird das heute angesichts des weltweiten Vordringens einer problemorientierten Jurisprudenz wohl nicht mehr vorkommen*”.

⁴⁸⁷ Segundo a concepção de Antônio Menezes Cordeiro (2002, p. LXXI): “Na recepção verifica-se que uma comunidade, independente de qualquer dominação política, econômica ou social, adota elementos jurídicos significativos próprios de outra, presente ou passada”. Otavio Luiz Rodrigues Jr. (2015, p. 74-75) aponta potenciais problemas de qualquer recepção: “a) a figura jurídica estrangeira foi mal traduzida ou não se compreendeu exatamente seu contexto normativo, fazendo com que sua adaptação gerasse um resultado irreconhecível sob a óptica do Direito de origem; b) o país ‘importador’ recebeu a figura jurídica por meio de textos muito antigos e não acompanhou sua evolução no sistema de origem. Com isso, não se pôde incorporar as refutações doutrinárias (ou jurisprudenciais) à figura ou ao instituto; c) há figuras ou institutos semelhantes no país ‘importador’, o que converte em desnecessária ou em puro exercício de berloquismo ou vaidade sua introdução em outro sistema; d) as condições normativas locais são impeditivas à adaptação da figura jurídica estrangeira, que foi concebida para outra realidade e é imprestável ao Direito ‘importador’”. A própria admissão de algo como uma ‘recepção’ já diz muito sobre a concepção jurídica daquele que a admite: como aponta Franz Bydlinski (2003, p. 42 et seq.), não há sentido em se falar em ‘recepção’ se se entender o Direito tão só como produto *per se* autônomo de vontade de Estados determinados; já ao se entenderem os diversos sistemas

que ofertam para a identificação do abuso.

Qual das duas grandes tradições do abuso — *abus* e *unzulässige Rechtsausübung* — foi recepcionada no Brasil? Teresa Ancona Lopez (2010, p. 8) vê no art. 187 do vigente Código Civil o resultado do “esforço doutrinário e jurisprudencial para identificação e aplicação da boa-fé objetiva” — ou seja: uma recepção praticamente exclusiva da tradição alemã. Contudo, o tema tem muito mais nuances do que Lopez deixa transparecer. Também Rosalice Pinheiro (2002, p. 382) afirma que, no Brasil, foi recebida a doutrina alemã do abuso, “restando superado o predomínio da concepção subjetivista enquanto reflexo da construção jurisprudencial francesa”. A autora não apresenta os dados comprobatórios da pesquisa quantitativa que indispensavelmente fundamenta a conclusão de predomínio da tradição alemã, mas parece querer afirmar tão somente a superação da abordagem da intencionalidade danosa psicologicamente considerada.

Por outro lado, Heloísa Carpena (2007, p. 415) sustenta, a partir da análise da redação do art. 187 do Código Civil, que: “O critério do abuso não está apenas na intenção de causar danos, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social”; e Inácio de Carvalho Neto (2015, p. 33) enxerga a adoção, no Brasil, de uma “teoria objetiva finalista”, que “tem em Josserand seu mais ilustre defensor” (CARVALHO NETO, 2015, p. 84 et seq.) — ou seja: esses dois autores consideram ter sido seguida apenas a tradição francesa.

O art. 187 é cópia praticamente exata do art. 334 do Código Civil português, intitulado “abuso do direito”: “É ilegítimo⁴⁸⁸ 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” (PORTUGAL, 1966). Vê-se que foi repetido até o “manifestamente”⁴⁸⁹. Por sua vez, o dispositivo português é substancialmente idêntico

jurídicos como tentativas distintas de concretização de princípios fundamentais universais da ideia de Direito, faz todo sentido recepcionarem-se soluções do Direito comparado.

⁴⁸⁸ Onde o Código Civil português fala em “ilegítimo”, deve-se ler “ilícito” — assim como no Código Civil brasileiro (MENEZES CORDEIRO, 2014 [§ 11°]).

⁴⁸⁹ O termo também está presente no art. 2(2) do Código Civil Suíço: “O abuso *manifesto* de um direito não encontra proteção jurídica [*Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz*]” (SUÍÇA, 1907, tradução nossa, grifo nosso). Essa não pode ser, logicamente, uma afirmação de que um comportamento que excede discretamente os limites é lícito. Uma interpretação alternativa a essa é dada pela doutrina — hoje dominante na Bélgica (LÉONARD, 2004, p. 830, tradução nossa) — do “controle marginal”, que se refere à “margem dentro da qual pessoas razoáveis podem ter opiniões diferentes” (no original: “*dépasse manifestement les limites de l'exercice normal, le comportement qui sort de la marge à l'intérieur de laquelle il peut y avoir, chez des personnes raisonnables, une différence d'appréciation*”). Jean Zuylen (2011, p. 317 et seq., tradução nossa) explica que, ao agir dentro dos “limites formais” do direito subjetivo, “o comportamento em questão goza de uma presunção de legalidade que o juiz só pode anular ‘quando o exercício do direito é tão irracional que, sem dúvida, sua intervenção terá o aval da opinião geral’” (no original: “*Le concept du contrôle marginal*

(inclusive o malfadado “manifestamente”) ao art. 281 do Código Civil grego: “O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou económico do direito” (MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 711).

Viu-se, acima, que os §§ 242 e 826 não dão a real dimensão da profunda dogmática desenvolvida na Alemanha⁴⁹⁰. E foi precisamente essa, não os textos normativos dos §§ do BGB⁴⁹¹, que foi essencialmente recepcionada na Grécia (SCHMIDT, 2009, p. 462; DACORONIA, 2009, p. 293-294; RANIERI, 2009a, p. 1837-1839; MENEZES CORDEIRO, 1983, p. 714), e também em Portugal⁴⁹²:

O artigo 281.º do Código Civil grego, apesar de muito conseguido, nada mais é do que uma fórmula de grande abstracção, insusceptível de transmitir um conteúdo

— en provenance des Pays-Bas — nous a été présenté par les écrits de Jan Ronse : le juge doit respecter la liberté d’agir d’un sujet de droit, et ne peut imposer son regard personnel sur l’opportunité de la décision prise, ‘aussi longtemps que celle-ci ne dépasse pas la marge, en deçà de laquelle des personnes raisonnables peuvent avoir des opinions différentes’. [...] De ce fait, le comportement litigieux jouit d’une présomption de légalité que le juge ne pourra renverser ‘que lorsque l’exercice du droit est à ce point déraisonnable que, sans aucun doute, son intervention aura l’assentiment de l’opinion générale’”. Sendo, portanto, o abuso exatamente uma ilicitude atípica (cf. Seção 1.1.1), o juiz só deve concluir que determinado comportamento é abusivo se for extrapolado um determinado limite de “irrazoabilidade”. Como é fácil perceber, remete-se o problema a um determinado padrão (o da razoabilidade), aproveitando-lhe a dogmática. No caso desse “controle marginal”, apenas se substitui a “ilicitude manifesta” pela “irrazoabilidade manifesta”, suscitando a mesma espécie de perplexidade: comportamentos discretamente irrazoáveis são lícitos? De modo bem mais geral, Franz Bydlinski (2003, p. 82) condiciona qualquer descoberta *contra legem sed secundum ius* a constatação de excepcionalidades “crassas” — mas ilicitudes ‘ralas’ não são abusos? Peter Jung (2006, p. 52, tradução nossa) menciona também uma “presunção de licitude”, decorrente precisamente de uma permanência do titular “objetivamente dentro do escopo de seu direito” (no original: “*Dabei wird dann geprüft, ob der Rechtsinhaber objektiv überhaupt im Rahmen seines Rechts gehandelt hat. Ist dies der Fall, besteht eine Vermutung der Rechtmäßigkeit seines Handelns*”) — mas isto não diz nada sobre o que essa presunção aporta à aplicação do Direito. Por outro lado, Thierry Léonard (2004, p. 839-844) adota uma posição contraditória sobre o controle marginal: ele seria logicamente tornado desnecessário em uma abordagem de abuso como desproporção entre vantagens e prejuízos, mas o próprio autor acaba por admitir que, se a desproporção não aparecer com “nitidez [netteté]”, a pretensão da vítima do abuso deverá ser rejeitada — i. é: apenas se desloca o controle marginal para dentro do controle de proporcionalidade. José de Oliveira Ascensão (2006, p. 67), Lisa Schneider (2015, p. 52) Thiago Rodovalho dos Santos (2009, p. 154-156) e José Luiz Levy (2022, p. 446) apontam um fundamento pragmático para o “manifestamente”: seu fim seria impedir a proliferação de decisões judiciais que utilizem o discurso de abuso. Bruno Miragem (2009, p. 174) fala, com este sentido, na “ideia de excesso manifesto” como impositiva de “um dever de fundamentação qualificado”. Isso teria como finalidade preservar-se ao máximo a autonomia privada (BOULOS, 2006, p. 164). Na jurisprudência brasileira de abuso de direitos fundamentais, faz-se menção ao controle marginal (muito embora sem utilização da expressão) no voto proferido pela Min. Nancy Andrigli, do STJ, no REsp 1817845 (3ª Turma, 10 out. 2019, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino): “o exercício abusivo de direitos de natureza fundamental, quando configurado, deve ser rechaçado [...], exigindo-se, contudo e somente, ainda mais *prudência do julgador na certificação de que o abuso ocorreu estreme de dúvidas*” (BRASIL, 2019q, grifo nosso).

⁴⁹⁰ Nesse sentido, o BeckOK-BGB (SUTSCHET, 2022 [§ 242, mg. 13]); o PWW *Kommentar* (KRAMME, 2021 [§ 242, mg. 1]).

⁴⁹¹ Ao contrário do que afirma Thiago Rodovalho dos Santos (2009, p. 107), a “influência significativa” não foi do texto do BGB.

⁴⁹² De acordo com António Menezes Cordeiro (1983, p. 24), o Código Civil português de 1867 é produto de uma Ciência Jurídica sob domínio dos contributos culturais franceses, enquanto o de 1966 recepciona a pandectística alemã.

significativo se não for acompanhada de transferências culturais bastantes. A doutrina jurídica grega não é conhecida em Portugal; os passos dos tribunais helénicos não serão, salvo coincidência, seguidos pelos nossos. Mas nem por isso o artigo 334.º — a versão portuguesa do artigo 281.º grego — fica culturalmente desenraizado. *O abuso do direito do Código grego é o produto da doutrina germânica*; a sua aplicação desenvolveu-se porque e na medida em que essa doutrina foi efectivamente recebida pelos juristas gregos. *O artigo 334.º [do Código Civil português], apesar de ser fruto material dos codificadores gregos, equivale a decênios de doutrina germânica*; a sua efectivação, com mais ou menos desvios, depende, no fundo, do estágio expresso pela Ciência Jurídica portuguesa, através da jurisprudência e da literatura. (MENEZES CORDEIRO, 2005, grifo nosso).

Tereza Ancona Lopez (2010, p. 5) e Rosalice Pinheiro (2002, p. 355) também veem em Portugal essa recepção da “tradição germânica”. E mesmo um autor germanófono, como Filippo Ranieri (2009a, p. 1839), enxerga no art. 334 do Código Civil português uma óbvia influência da dogmática alemã. Lopez ainda generaliza, afirmando que toda a “moderna e atual teoria do abuso do direito” surge “pela elaboração da jurisprudência e doutrina tedescas” — mas não apresenta a comprovação dessa afirmação.

Os três dispositivos (dos códigos civis grego, português e brasileiro), na verdade, promovem uma mistura entre as tradições da *unzulässige Rechtsausübung* — boa-fé e bons costumes — e do *abus* — finalidade do direito⁴⁹³. Esta 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*” (RANIERI, 2009a, p. 1837 [nota de rodapé 56], tradução nossa⁴⁹⁴, grifo nosso). No dizer de Judith Martins-Costa (2008, p. 76 et seq.), é um “cruzamento de influências”⁴⁹⁵.

Pesquisa com amostragem bastante restrita⁴⁹⁶ mostra como resultado um grande sincretismo entre tradições alemã e francesa, na jurisprudência brasileira. Por exemplo, fundamentam-se na doutrina do *abus*: (1) EDcl nos EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no Agravo de instrumento em recurso especial (AREsp) 1200744 (10 ago. 2021, rel.

⁴⁹³ Diferentemente, o Direito italiano, por exemplo, recepcionou a doutrina do *abus* (IONESCU, 2009, p. 314 et seq.) — o que explica a estreitíssima amplitude da noção na cultura da Itália, onde a jurisprudência só reconhece abuso no direito de propriedade, por ato emulativo, muito embora a boa-fé tenha ganhado algum terreno recentemente (a despeito de também restrito ao direito das obrigações, e aos comportamentos lesivos que não produzam nenhum benefício) (RANIERI, 2009a, p. 1841-1844).

⁴⁹⁴ “È tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri, eccedendo nell’esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto”.

⁴⁹⁵ Curiosamente, logo adiante no mesmo trabalho, Martins-Costa (2008, p. 79, grifo nosso) 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]”.

⁴⁹⁶ As 120 decisões proferidas pela Corte Especial do STJ que utilizaram as expressões exatas “abuso de[o] direito” e “abuso[ou][a] de[o] seu direito”.

Min. Jorge Mussi): “abuso de direito, em razão do *desvirtuamento do próprio postulado da ampla defesa*” (BRASIL, 2021g, grifo nosso); e (2) EDcl nos EDcl no AgRg nos Embargos de divergência em agravo em recurso especial (EAREsp) 1139491 (1 jul. 2021, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino): “evidenciado o abuso do direito de recorrer e o *desvio de finalidade* do direito à impugnação recursal, resta autorizada a certificação do trânsito em julgado e a baixa imediata dos autos” (BRASIL, 2021h, grifo nosso). Por outro lado, têm embasamento na doutrina do *unzulässige Rechtsausübung*, dentre outros: (1) AgRg nos EDcl nos EAREsp 1420611 (16 jun. 2021, rel. Min. Nancy Andrighi): “o entendimento prevalente na jurisprudência das Cortes Superiores é o de que o ‘o abuso do direito de recorrer — por qualificar-se como prática incompatível com o *postulado ético-jurídico da lealdade* processual — constitui ato de litigância maliciosa [...]’” (BRASIL, 2021f, grifo nosso); e (2) voto do Min. Luís Felipe Salomão nos EAREsp 600663 (21 out. 2020, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura): “O código consumerista introduziu novidade no ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar a concepção objetiva do abuso do direito, que se traduz em uma *cláusula geral de proteção da lealdade e da confiança* nas relações jurídicas” (BRASIL, 2020x, grifo nosso). Por fim, há as decisões que apontam para as duas tradições, como a proferida nos EDcl nos EDcl no AgRg no RE no AgRg no AREsp 1366977 (16 out. 2019, rel. Maria Thereza de Assis Moura): “abuso do direito de recorrer [...] não é admissível em nosso ordenamento jurídico, notadamente em respeito aos *postulados da lealdade e boa fé* processual, *além de se afigurar desvirtuamento* do próprio cânone da ampla defesa” (BRASIL, 2019u, grifo nosso).

Esta curta pesquisa sem pretensões quantitativas mostra que as duas tradições — francesa e alemã — do abuso convivem (nem sempre harmoniosamente) na jurisprudência e na literatura brasileiras. Portanto, ao menos no Brasil, não se pode descartar a manutenção da influência da tradição francesa do *abus*, ao lado (se não acima) da tradição alemã do *unzulässige Rechtsausübung*.

Nada obstante, quanto à recepção das doutrinas de *abus*, pode-se dizer que a jurisprudência e a literatura brasileiras — assim como as francesas — nunca conseguiram descer do ‘céu’ dos princípios mais gerais, a fim conferirem ao que se intitula abstratamente ‘desvio de finalidade’ contornos dogmáticos claros (SCHMIDT, 2009, p. 422; TARTUCE, 2004, p. 93). Já quanto à recepção das doutrinas de *unzulässige Rechtsausübung* — e muito embora não haja diferenças fundamentais na consideração teórica das cláusulas gerais no Brasil e na Alemanha (SCHMIDT, 2009, p. 400) —, a

literatura brasileira fica muito aquém do mínimo exigível⁴⁹⁷, na formulação de grupos de casos de violação 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*)⁴⁹⁸ (SCHMIDT, 2009, p. 406, p. 442-445).

Nesse “redimensionamento” do abuso (TARTUCE, 2015, p. 449), 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, por ser definitiva — e de uma recepção incompleta (ou apenas nominal)⁴⁹⁹ da tradição alemã — que trata adequadamente o abuso, desde que seu modo de sistematização por grupos de casos seja obedecido. O que se vê no Brasil hoje, no que tange ao abuso (mas também de modo geral⁵⁰⁰), é um ‘caos’ decisório voluntarista — como descreve o mais brasilianista dos juristas alemães, Jan Peter Schmidt:

Finalmente, a literatura brasileira pode ser acusada por tratar a jurisprudência — se é que a trata — de forma lacunosa, e, sobretudo, acrítica. Muitas vezes, o princípio orientador de uma decisão é simplesmente citado no momento apropriado, sem se apreciarem as circunstâncias exatas do caso e sem perguntar se a decisão é convincente e como ela se relaciona com decisões anteriores. [...] Também na direção oposta, a cooperação entre os tribunais e a literatura nem sempre é ótima: os juízes brasileiros fazem amplo uso da literatura em suas decisões, de acordo com a tradição jurídica portuguesa. Em muitos casos, no entanto, eles parecem selecionar de forma relativamente arbitrária os autores que representam a opinião “apropriada” sobre um problema. Em contraste, não há uma preparação real do estado da disputa.

⁴⁹⁷ Chega-se a afirmar, na literatura brasileira, que a menção aos textos normativos dos §§ 226 e 826 (nem é preciso tratar do § 242!) do BGB é “suficiente para apontar os parâmetros de comparação necessários ao bom conhecimento [das doutrinas de abuso recepcionadas] e à correta aplicação do Direito pátrio” (BOULOS, 2006, p. 24, p. 50).

⁴⁹⁸ Jan Peter Schmidt (2009, p. 443-444) cita, ainda, a predominância do ensino processual nas faculdades de Direito.

⁴⁹⁹ 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” (CJF, 2012). O quanto os nomes são tornados reais na jurisprudência civilista é assunto que não pode ser discutido aqui.

⁵⁰⁰ Assim Rômulo Leitão e José Souza (2018, p. 198) delineiam o cenário brasileiro: “Nos dias que correm, o STF parece justificar (fundamentar) incursões em questões políticas a partir de argumentos de cunho moral [...]. Não com isso que as decisões sejam proferidas sem fundamentação jurídica; existe uma discussão jurídica, quase nunca unânime e quase sempre polêmica, mas nos casos aqui discutidos a decisão parece ser tomada a partir de motivações pessoais de membros da Corte que, se não utilizadas como fundamento jurídico (porque é moral), deixa entrever quando da construção do argumento”

Frequentemente, a literatura consultada para a decisão não é sequer citada. (SCHMIDT, 2009, p. 444-445, tradução nossa⁵⁰¹, grifo nosso).

A solução, para Schmidt (2009, p. 448, p. 463-464, p. 470), é a formulação de grupos de casos de abuso, mas ela está distante de ser alcançada no Brasil: faltam tanto à literatura como à jurisprudência o “senso de responsabilidade”⁵⁰² ínsito à cultura sistematizadora alemã (mas também visto em Portugal e na Grécia), de onde se pretendeu recepcionar a dogmática das cláusulas gerais. Mesmo um autor que (e seu exemplo é aqui citado positivamente) defende explicitamente a formulação de grupos de casos como mecanismo de “controle da fundamentação das cláusulas gerais” — como o é Alberto Jorge Jr. (2004, p. 55-57, p. 119, p. 124) — tende a enxergá-los como meras “súmulas jurisprudenciais” (i. é: uma construção jurisprudencial, e não dogmática)⁵⁰³. Espera-se que esta tese chame a atenção para o ponto, e contribua com a promoção do início de uma mudança cultural.

Deve-se, acima de tudo, acender o sinal de alerta em reação à pouca literatura doméstica dedicada à abordagem do abuso por violação aos bons costumes — o que Thamis Viveiros de Castro (2017, p. 19) qualificou como “negligência teórica”. Há, da maioria dos autores, uma clara ‘má vontade’ no tratamento do tema — o que é compreensível, porque os bons costumes foram quase um lema para coerção durante o último regime ditatorial brasileiro, de memória recente.

Isso não justifica, porém, tratamentos antidogmáticos dos bons costumes como o dado por de Thiago Rodovalho dos Santos. Para ele:

O CC 187 contém três ‘balizas de averiguação da disfuncionalidade’ no exercício de uma posição jurídica; são elas: (i) fim econômico ou social, (ii) boa-fé e (iii) bons costumes. Preferimos falar em dois núcleos essenciais do tipo [CC 187]: (i) fim econômico ou social do direito; e (ii) boa-fé objetiva. Isso porque a análise e a

⁵⁰¹ “*Dem brasilianischen Schrifttum ist schließlich der Vorwurf zu machen, dass es die Rechtsprechung, wenn überhaupt, nur lückenhaft und vor allem unkritisch aufarbeitet. Oft wird zum passenden Moment einfach der Leitsatz einer Entscheidung zitiert, ohne die genauen Umstände des Falls zu würdigen und ohne zu fragen, ob die Entscheidung zu überzeugen vermag und wie sie sich zu früheren Entscheidungen verhält. [...] Auch in umgekehrter Richtung verläuft die Zusammenarbeit zwischen Gerichten und Schrifttum nicht immer optimal: Brasilianische Richter greifen entsprechend der portugiesischen Rechtstradition für die Entscheidungsfindung zwar in großem Umfang auf das Schrifttum zurück. In vielen Fällen scheinen sie sich aber relativ willkürlich solche Autoren herauszugreifen, die gerade die „passende“ Meinung zu einem Problem vertreten. Eine echte Aufbereitung des Streitstandes findet dagegen nicht statt. Häufig wird die für die Entscheidung konsultierte Literatur auch gar nicht zitiert*”.

⁵⁰² “*Verantwortungsbewusstsein*”. Jan Peter Schmidt (2009, p. 470) pondera que, já se conhecendo a cultura jurídica brasileira (pouco dada à sistematização) à época da edição do Código Civil de 2002, deveria ter sido considerada a formulação legislativa de grupos de casos exemplificativos no art. 187.

⁵⁰³ Com algum exagero (uma vez que o autor não se refere — nem o adota — ao modelo de formulação de grupos de casos), é possível catalogar aqui também a obra de Daniel Boulos (2006, p. 78), para quem: “ao constantemente propiciarem novas aplicações, as cláusulas gerais acabarão por criar, na experiência jurisprudencial, catálogos de decisões que servirão de base para as novas decisões fazendo com que haja uma verdadeira sistematização do Direito Privado [...]”.

aferição, concreta e situacional, dos ‘bons costumes’ sempre passa pelas duas outras cláusulas gerais; fim econômico ou social e boa-fé. (SANTOS, 2009, p. 36).

Não há nenhuma referência nem fundamentação da conclusão — com exceção, talvez, da afirmação de que a dogmática do § 826 do BGB é de noção de “exercício abusivo dos direitos ainda [...] vinculada à ideia de intenção” (SANTOS, 2009, p. 99), o que é contrariado pelo próprio autor, ao qualificar a “baliza legal” dos bons costumes como dispensadora da perquirição acerca do dolo ou culpa (SANTOS, 2009, p. 133).

A dogmática alemã dos bons costumes, como se viu na Seção 1.3.2.3, vai muito além da interpretação do texto normativo do § 826 do BGB — assim como a dogmática da boa-fé extrapola muito o texto normativo do § 242 do BGB. A diferença entre um tratamento tão entusiasmado com a boa-fé e tão arisco com os bons costumes pode ter uma explicação psicológica, mas não tem fundamento científico.

O “pensamento jurídico alemão” do abuso inclui, sem dúvida, os bons costumes como umas das figuras centrais (MENEZES CORDEIRO, 2005). No entanto, a doutrina brasileira vai (corretamente) buscar nas origens tedescas a dogmática da boa-fé, mas (absurdamente) considera insuficientemente a dogmática alemã dos bons costumes. Trata-se destes como se fossem alguma excentricidade local, uma espécie de *Currywurst* não dado ao paladar brasileiro. Para se chegar a essa conclusão, basta comparar a quantidade e a qualidade de trabalhos nacionais dedicados à boa-fé e aos bons costumes⁵⁰⁴: a diferença beira o inacreditável. Um exemplo bastante elucidativo da distinção é um trabalho de Bruno Miragem e Ana Badia — que, a despeito de apresentarem

⁵⁰⁴ Neste cenário de tanta negligência e resistência, a própria referência aos ‘esquecidos’ bons costumes já é louvável. No entanto, esses são, na maior parte das vezes, compreendidos de maneira superficial (quando não de forma errada, como se viu em Thiago Rodovalho dos Santos). Podem-se citar: Carpena (2007, p. 416) — os bons costumes corresponderiam à “consciência jurídica dominante” —; Ronnie Duarte (2011, p. 14) — “sentimento ético que predomina em uma sociedade” —; Teresa Ancona Lopez (2010, p. 12) — resultado da “projeção de regras morais no meio jurídico” —; e Adriana Kuhn (2007, p. 128) — produto da abertura do Direito a “preceitos morais socialmente aceitos”. Veja-se, ainda, Alberto Jorge Jr. (2004, p. 57), que, exatos dois parágrafos depois de destacar a importância da formulação de grupos de casos no controle de justificação das decisões aplicadoras de cláusulas gerais, afirma que a cláusula geral de bons costumes “deverá ser interpretada em consonância com o princípio constitucional que tem como fundamento a *dignidade da pessoa humana*”. Algumas páginas depois, o mesmo autor reforça o modelo de formulação de grupos de casos na concretização dos bons costumes no Direito alemão (JORGE JR., 2004, p. 65): isso não deveria valer também no Direito brasileiro? Daniel Boulos (2006, p. 187-188), nos dois parágrafos que dedica aos bons costumes (à boa-fé, dedica onze!), não cita nem mesmo um exemplo de sua aplicação (contrastando com os muitos exemplos de aplicação jurisprudencial da boa-fé objetiva); para ele, a aplicação da cláusula geral dos bons costumes seria fácil: bastaria ao juiz identificar a “moral social vigente na sociedade ao tempo da apreciação do caso concreto”. José Luiz Levy (2022, p. 294 et seq.) trata do “princípio da boa-fé”, do “princípio da função social” e do “princípio da moralidade”. Quanto aos bons costumes, apenas comenta “talvez assistir razão àqueles que afirmam que a distinção entre a boa-fé e os bons costumes é gradativa, de modo a não se pode considerar conforme com a boa-fé o que contradiga os bons costumes” (LEVY, 2022, p. 297): os bons costumes não parecem merecer mais que um “talvez”.

uma visão histórica correta da origem da noção de abuso, e de sua recepção no Direito brasileiro, deixam explicitamente os bons costumes de lado em sua análise:

optou-se por fazer um corte nesses elementos (*bons costumes é um conceito que, por si só, comportaria um trabalho próprio, embora não seja muito explorado na doutrina brasileira, sob pena de se incorrer, aqui, na superficialidade*), elegendo-se três figuras limitadoras do exercício do ato abusivo: a boa-fé, entendida num sentido maior, de proteção da confiança (que é a base para a determinação do abuso), o fim social e o econômico, estando este intrinsecamente relacionado com aquele, principalmente na sociedade atual onde a escassez é a regra. (MIRAGEM; BADIA, 2019, grifo nosso).

O que os autores afirmam é que os bons costumes — corretamente identificados por eles como elemento recepcionado das doutrinas germanófonas de *unzulässige Rechtsausübung* —, por não terem sido ainda tratados adequadamente na literatura brasileira, também não merecem a sua atenção⁵⁰⁵ (eles partem, então, para a análise da apenas das abordagens de abuso por violação à boa-fé objetiva e por desvio de finalidade).

Bem-vindas iniciativas — como o Enunciado 413 do CJF (V Jornada de Direito Civil)⁵⁰⁶ — têm se mostrado inaptas a promoverem uma necessária mudança cultural. Isso fica claro, por exemplo, em Flávio Tartuce (2004, p. 109) — que, mesmo saudando a iniciativa do CJF, considera que o envio de *spams* é comportamento violador dos bons costumes porque é “atitude desrespeitosa em relação à privacidade dos destinatários de suas mensagens eletrônicas”. Confronte-se com o enfrentamento da mesma prática pela Ciência Jurídica alemã: no BeckOGK-BGB, o *spam* também é considerado um abuso, também por violação aos bons costumes, mas sobre o fundamento de o comportamento

⁵⁰⁵ Não se pode deixar de anotar, de todo modo, a percepção bastante acurada de Bruno Miragem (2009, p. 129) sobre o (não) tratamento da literatura brasileira aos bons costumes, em detrimento especialmente da boa-fé. Suas sete páginas dedicadas aos bons costumes (MIRAGEM, 2009, p. 144-151) — duas a mais que à boa-fé! — merecem menção, em especial por sua referência a um exemplo concreto: o julgado do BVerfG que tornou ineficaz a fiança dada pelo filho em relação a dívida do pai — citado nesta tese (BVerfGE 89, 214) (ALEMANHA, 1993). O autor anota, ainda, o julgamento pelo STJ do HC 12547 (4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 1 jun. 2000), no qual se reconheceu ser violadora dos bons costumes a prisão de devedor inadimplente de alienação fiduciária em garantia. Miragem (2009, p. 162, p. 215, p. 220) desenvolve ainda, doutrinariamente, outras hipóteses de violação aos bons costumes: exigência, para o não exercício de direito de crédito, de comportamento do devedor totalmente desvinculado do conteúdo econômico do crédito (p. ex.: exigência de casamento do devedor com o credor); aval prestado por pessoa sem patrimônio; e estímulo por terceiro ao contrato do inadimplemento contratual. Miragem, a despeito de tomar um rumo correto — adotando como referenciais teóricos, por exemplo, Claus-Wilhelm Canaris e Josef Esser (MIRAGEM, 2009, p. 164-168) —, acaba não sabendo colocá-lo em prática no combate à arbitrariedade judicial. Assim, recai na equiparação do abuso a um juízo de razoabilidade de contornos imprecisos (quicá inexistentes) (MIRAGEM, 2009, p. 132, p. 216). Não menos problemática é a sua qualificação como abusivo, por ofensivo aos bons costumes, de qualquer comportamento violador de direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, do direito à não discriminação (MIRAGEM, 2009, p. 201-202) e dos direitos da personalidade (MIRAGEM, 2009, p. 215).

⁵⁰⁶ “Art. 187: Os *bons costumes* previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao *controle da moralidade social de determinada época*, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva” (BRASIL, 2011, grifo nosso). Flávio Tartuce (2015, p. 456) anota Otavio Luiz Rodrigues Jr. como o autor da proposta.

inserir-se no grupo de casos de “concorrência desleal”⁵⁰⁷. Apresentam-se, para esse grupo de casos, a abordagem fundamental⁵⁰⁸ (“Em princípio, em uma economia de mercado, um concorrente deve aceitar as interferências causadas por ações de outros concorrentes”) (SPINDLER, 2022 [§ 826, mg. 122], tradução nossa⁵⁰⁹), e o princípio dogmaticamente extraído de qualificações concretas anteriores de abuso (“é decisivo se o comportamento competitivo concreto, em termos de causa, finalidade, meios, circunstâncias e efeitos conexos, é contrário ao senso de decência do público envolvido ou é desaprovado pelo público em geral e considerado intolerável”) (SPINDLER, 2022 [§ 826, mg. 122], tradução nossa⁵¹⁰). Esse princípio, evidentemente, não é compreensível sem exemplos concretos, portanto se apresentam casos de não ocorrência de abuso — imitação de produtos alheios (desde que não protegidos por direitos especiais de propriedade intelectual), crítica de produtos —, e casos de ocorrência de abuso — suborno, pagamento de ‘prêmio’ a comerciante, para produto de concorrente deixar de ser vendido, revelação de segredo comercial por empregado aliciado por concorrente (SPINDLER, 2022 [§ 826, mg. 123-128]). Nesse contexto, insere-se a discussão sobre o *spam*, considerando-se a prática potencialmente violadora dos bons costumes, por promover um ato de concorrência desleal que extrapola as interferências toleráveis de acordo com a ‘moral social’ (compreendida a partir da sistematização de valorações concretas prévias), desde que caracterizada publicidade (o mesmo não se podendo afirmar de *spam* com conteúdo de outra natureza, pois isso faria com que não fossem qualificados no grupo de casos de concorrência desleal, ensejando um novo exame) (SPINDLER, 2022 [§ 826, mg. 129]).

Uma das maiores contribuições que esta tese pode dar à Ciência Jurídica brasileira é reabilitar os bons costumes, conferindo-lhe um modo adequado de aplicação (que não dependa do arbítrio judicial). Como eles podem funcionar em casos de direitos fundamentais, é o que se verá na Seção 4.3.4.

⁵⁰⁷ “*unlauterer Wettbewerb*”.

⁵⁰⁸ A mesma abordagem fundamental consta do MüKoBGB (WAGNER, G., 2020 [§ 826, mg. 15]).

⁵⁰⁹ “*Grundsätzlich muss ein Wettbewerber Beeinträchtigungen durch Aktionen anderer Wettbewerber in einer marktwirtschaftlichen Ordnung hinnehmen*”.

⁵¹⁰ “*Die Rspr. hat für die sittenwidrige Schädigung im Wettbewerb die Formel geprägt, dass entscheidend ist, ob das konkrete Wettbewerbsverhalten nach Anlass, Zweck, Mittel, Begleitumständen und Auswirkungen dem Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise widerspricht oder von der Allgemeinheit missbilligt und für untragbar angesehen wird*”.

1.6 Síntese parcial

O juízo valorativo de abuso é um juízo de ilicitude atípica. Ele recai sobre comportamentos que, levada em conta apenas a interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo, deveriam ser considerados incluídos no *Tatbestand* da permissão normativa, gerando a consequência jurídica permissiva prevista. Logicamente, portanto, para que se admita o abuso, é necessário admitir-se alguma espécie de interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo — ainda que como apenas um ‘momento’ do processo dialético unitário da *applicatio*. Além disso, é necessário reconhecer-se que o juiz não está totalmente vinculado a essa interpretação ‘em abstrato’: é precisamente dessa valoração extratextual que decorre a constatação de abuso.

O discurso de abuso funciona como ‘atalho’ justificatório: em vez de o juiz precisar explicitar, a partir de um zero de sentido, por que determinado comportamento é ilícito (a despeito de abrangido pela interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo concessivo de permissão, ao qual se vincula o julgador), ele pode remeter a feixes dogmáticos cristalizados em torno de enunciados jurídicos, princípios, modelos, tipos, costumes, concepções socio-éticas, conceitos dogmáticos, normas técnicas, esquemas de ponderação, catálogos de *topoi* e esquemas de teste. Não há, contudo, um abuso, mas vários: neste ‘conceito reunidor’, inserem-se abordagens bastante distintas — e, dentro de cada uma delas, grupos de casos.

Pode-se falar em duas grandes tradições de abuso. De um lado, a tradição franco-belga de *abus de droit*, tendencialmente definitiva (originalmente: abordagens da intencionalidade danosa e do desvio das finalidades econômica e social dos direitos). A abordagem do desvio das finalidades econômica e social foi recepcionada na Alemanha (*Rechtsmißbrauch*), e — muito embora posteriormente renegada por seu grande propagador, Wolfgang Siebert —, rendeu como fruto a abordagem do ‘abuso institucional’. A abordagem do abuso como negação do fundamento axiológico dos direitos tentou superar (com mérito teórico) a abordagem finalista de Louis Josserand, mas não promoveu avanço metódico. Dentro dessa tradição, podem-se citar ainda as abordagens de violação à moral, de causação de dano desnecessário, e de desproporção entre vantagens e prejuízos.

A outra grande tradição de abuso — a alemã de *allgemeine Verbot unzulässiger Rechtsausübung* — representa uma tendência à sistematização, por meio da formulação dogmática de grupos de casos. As abordagens mais características desta tradição são as de violação à boa-fé objetiva e de violação aos bons costumes.

No Brasil, recepcionaram-se ambas as tradições — o que fica muito claro na própria

redação do art. 187 do Código Civil —: adequadamente, a francesa (mas as suas abordagens são, elas próprias, inadequadas como justificação das decisões judiciais que lançam mão do discurso de abuso, uma vez que definitórias); inadequadamente, a alemã (porque não se adota — ou adota-se apenas nominalmente — o modelo germânico de formulação de grupos de casos). Ademais, há uma clara negligência na literatura brasileira quanto aos bons costumes — que, nada obstante, não podem ser desprezados em uma teoria do abuso.

REFERÊNCIAS

Referências bibliográficas

ABRAHÃO, Marcela Rosa. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. **Direitos Fundamentais & Justiça**, São Paulo, v. 6, n. 18, p. 266-290, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v6i18.328>. Acesso em: 25 nov. 2021.

ABUSO. In: MICHAELIS: Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2005. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=abusar>. Acesso em: 12 maio 2021.

ADRIAN, Axel. **Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre**: Die begrifflichen und („fuzzy“-)logischen Grenzen der Befugnisnormen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2009.

AHRENS, Martin. § 138 BGB – Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. In: PRÜTTING, Hanns; WEGEN, Gerhard; WEINREICH, Gerd. **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar [PWW]**. 16. Aufl. Hürth [Alemanha]: Wolters Kluwer, 2021. *E-book*.

ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. **The Yale Law Journal**, New Haven [EUA], v. 96, n. 5, p. 943-1005, abr. 1987. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol96/iss5/1>. Acesso em: 3 dez. 2021.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, Nova Iorque [EUA], v. 12, n. 3, p. 511-24, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mou051>. Acesso em: 25 out. 2021.

ALEXY, Robert. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs**: Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main [Alemanha]: Suhrkamp, 1995.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**. Hoboken [EUA]: Blackwell, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>. Acesso em: 3 mar. 2022.

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. **Ratio Juris**. Hoboken [EUA]: Blackwell, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00157>. Acesso em: 21 maio 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild da Silva. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. Thirteen Replies. In: PAVLAKOS, George (org.). **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oxford [Reino Unido], Portland [EUA]: Hart, 2007. p. 333-366.

ALEXY, Robert. Two or Three. In: BOROWSKI, Martin (org.). **On the Nature of Legal Principles: Proceedings of the Special Workshop "The Principles Theory"** held at the 23rd World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Kraków 2007. Stuttgart [Alemanha]: Franz Steiner, 2010.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting Statutes: A Comparative Study**. Londres [Reino Unido]; Nova Iorque [EUA]: Routledge, 1991. p. 73-121.

ALMEIDA, João Alberto de Almeida; LAMÊGO, Frederico Ribeiro. O papel do juiz no combate ao abuso do direito processual. **Revista da Faculdade de Direito [da Universidade Federal de Minas Gerais]**, Belo Horizonte, n. 71, p. 313-339, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1884>. Acesso em: 15 jul. 2021.

ALPA, Guido. Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri. In: VISINTINI, Giovanna (org.). **L'abuso del diritto**. Napoli [Itália]: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 413-429.

ALPA, Guido. General principles of Law. **Annual Survey of International & Comparative Law**, São Francisco [EUA], v. 1, n. 1, article 2, p. 1-37, 1994. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol1/iss1/2>. Acesso em: 6 out. 2021.

ALPA, Guido; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Italian private law**. Nova Iorque [EUA]: Routledge-Cavendish, 2007.

AMATO, Lucas Fucci. Abuso de direitos fundamentais, pluralismo cultural e critérios de tratamento igual. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, a. 6, n. 2, p. 54-82, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/871>. Acesso em: 21 maio 2021.

ARMBRÜSTER, Christian. § 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. In: SCHUBERT, Claudia (org.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [MüKoBGB]**. 9 Aufl. Berlin [Alemanha]: C. H. Beck, 2021. Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG. *E-book*.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932.

ANCEL, Pascal; DIDRY, Claude. Labus de droit - une notion sans historie?: L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XXe siècle. In: ANCEL, Pascal; AUBERT, Gabriel; CHAPPUIS, Christine. **L'abus de droit: comparaison franco-suisse**. Saint-Etienne [França]: Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001. p. 51-68.

ANDORNO, Luis O. Abuso del derecho. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, a. 6, n. 19, p. 15-37, jan./mar. 1982.

ANTUNES VARELA, João. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro, v.1, p. 37-59, jul./1982.

ATIENZA, Manuel. A vueltas com la ponderación. In: ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Um debate sobre la ponderación**. Lima [Peru]: Palestra; Bogotá [Colômbia]: Temis, 2012a. p. 9-37.

ATIENZA, Manuel. Carta sobre la ponderación. In: ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Um debate sobre la ponderación**. Lima [Peru]: Palestra; Bogotá [Colômbia]: Temis, 2012b. p. 87-110.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa de constitucionalismo positivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, a. 7, n. 2, p. 1-24, jul/dez 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1042/6711> Acesso em: 1 jul. 2020.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan Ruiz. Abuso del diritto e diritto fondamentali. Tradução: Francesco Ferraro. In: VELLUZI, Vito (org.). **L'abuso del diritto**: teoria, storia e ambiti disciplinari. Pisa [Itália]: ETS, 2012. p. 31-49.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan Ruiz. **Ilícitos atípicos**: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder. Tradução: Janaina Roland Matida. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan Ruiz. Para una teoría general de los ilícitos atípicos. **Jueces para la democracia**, Madri [Espanha], n 39, p. 43-49, 2000.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. Tradução: Renata Quinaud Pedron e Flávio Quinaud Pedron. **Panoptica**, [s.l.], v. 4, n. 3, p. 49-68, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**, Salvador, n. 17. p. 1-19, jan-fev-mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/836/595>. Acesso em: 1 jul. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZI, Camila. A lesão como forma de abuso de direito. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, São Paulo, v. 4, p. 623-650, out. 2010.

BALDISSERA, Wellington Antonio; FORTES, Vinícius Borges Fortes. Regulação das fake news: um dilema diante do direito à liberdade de expressão. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 12, n. 1, p. 18-36, 29 jul. 2021. Disponível em:

<https://doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v12i1.957>. Acesso em: 29 jan. 2022.

BARAK, Aharon. Proportionality and Principled Balancing. **Law & Ethics of Human Rights**, Berlim [Alemanha]: De Gruyter, v. 4, n. 1 [Rights, Balancing & Proportionality], p. 1-16, abr. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.2202/1938-2545.1041>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do Direito. **Revista Trimestral de Direito Público**, Rio de Janeiro, a. 4, v. 13, p. 97-110, jan./mar. 2003.

BARCELLONA, Mario. L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico. **Rivista di Diritto Civile**, Padova [Itália], a. 60, n. 2, p. 467-499, mar./abr. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, 1 abr. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>. Acesso em: 21 maio 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>. Acesso em: 1 fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>. Acesso em: 21 jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 1 abr. 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Acesso em: 21 maio 2021.

BAZIER, Pierre. Abus de droit, rechtsverwerking et sanctions de l'abus de droit (note sous Cass., 6 janvier 2011). **Revue générale de droit civil belge**, v. 26, n. 8, p. 393-403, 2012.

BEATER, Axel. Generalklauseln und Fallgruppen. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 194, p. 82-89, 1994.

BELMONTE, Alexandre; GARCIA, Bruno; ELIAS, Rodrigo. Nossos estranhos vizinhos. **História Viva**, Rio de Janeiro, 4 out. 2012. Disponível em: http://historianovest.blogspot.com/2012/10/monstros-nossos-estranhos-vizinhos_7356.html. Acesso em: 7 out. 2021.

BERNSTORFF, Jochen. Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: Vom Wert kategorialer Argumentationsformen. **Der Staat**, Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, v. 50, n. 2, p. 168-190, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.3790/staa.50.2.165>. Acesso em: 22 jun. 2022.

BETTERMANN, Karl August. **Grenzen der Grundrechte**. 2. Auf. Berlim [Alemanha]: De Gruyter, 1976.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119-71.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken: zur kritikgegenwärtiger Grundrechtsdogmatik. **Der Staat**, Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, v. 42, n. 2, p. 165-192, 2003.

BOOR, Hans Otto de. Methodisches zur Dogmatik und Rechtsvergleichung. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 141, p. 265-279, 1935.

BORNEMANN, Friedrich Wilhelm Ludwig Bornemann. **Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts**. 2. verm. u. verb. Ausg. Aufl. Berlim [Alemanha]: Jonas, 1842. Bd. 1: Enthaltend die geschichtliche Einleitung, die Fundamentallehren des Preußischen Rechts und die Lehre vom Besitz. Disponível em: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22110808%22>. Acesso em: 7 maio 2022.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá [Colômbia]: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOROWSKI, Martin. Limited Review in Balancing Fundamental Rights. In: **CIDP/LxLTG – Annual Lecture**. Lisboa [Portugal]: 31 maio 2019. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/events/limited-review-in-balancing-fundamental-rights/>. Acesso em: 5 jan. 2022.

BOROWSKI, Martin. Limiting clauses: on the continental european tradition of special limiting clauses and the general limiting clause of art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union. **Legisprudence**, [s.l.], v.1, n. 2, p. 197-240, 2007. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/17521467.2007.11424665>. Acesso em: 3 dez. 2021.

BOROWSKI, Martin. La Restricción de los Derechos Fundamentales. Tradução: Rodolfo Arango. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri [Espanha], a. 20, n. 59, p. 29-56, maio-ago. 2000. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-59-mayoagosto-2000/la-restriccion-de-los-derechos-fundamentales-2>. Acesso em: 5 jan. 2022.

BÖTTCHER, Lars. § 242 Leistung nach Treu und Glauben. In: WESTERMANN, Harm Peter; GRUNEWALD, Barbara; MAIER-REIMER, Georg (org.). **Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar [Erman Kommentar]**: mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG. 16., neu bearbeitete Aufl. Colônia [Alemanha]: Dr. Otto Schmidt, 2020. *E-book*.

BOULOS, Daniel Martins. **Abuso do Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

BRONZE, Fernando José. **Metodologia do Direito**. Coimbra [Portugal]: Coimbra Jurídica, 2020.

BROWN, Lionel Neville. Is there a general principle of abuse of rights in European Community law? In: CURTIN, Deirde; HEUKELS, Ton (org.). **Institutional dynamics of European integration**. Dordrecht [Holanda]: Martinus Nijhoff, 1994. v. 2. p. 511-526.

BURGHART, Axel. Vorbemerkungen Art. 1-19. In: LEIBHOLZ, Gerhard; RINCK, Hans-Justus (org.). **Grundgesetz Kommentar**: Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Colônia [Alemanha]: Otto Schmidt, abr. 2022. *E-book*.

BUSTAMANTE, Thomas; MEYER, Emílio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Luís Roberto Barroso's Theory of Constitutional Adjudication: A Philosophical Reply. **The American Journal of Comparative Law**, Ann Harbor [EUA], v. XX, 1-36, 29 mar. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ajcl/avac006>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BÜTTEMEYER, Wilhelm. Eike von Savigny, Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren. Übungen zum Selbststudium. Deutscher Taschenbuch Verlag (WR 4062), 3. verbesserte Auflage München 1973, 170 S. **Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie**, Wiesbaden [Alemanha], v. 6, n. 2, p. 377-379, 1975.

BUTZER, Hermann. Art. 18 [Verwirkung von Grundrechten]. In: EPPING, Volker; HILLGRUBER, Christian. **Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz [BeckOK-GG]**. 51 Aufl. Berlim [Alemanha]: C. H. Beck, 15 maio 2022. *E-book*.

BYDLINSKI, Franz. Grundzüge der juristischen Methodenlehre. **Arbeitspapiere des Forschungsinstituts für mittel- und osteuropäisches Wirtschaftsrecht**, Viena [Áustria], n. 95, p. 1-120, 2003. Disponível em: <https://epub.wu.ac.at/3325/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BYDLINSKI, Franz. **Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht.** Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 17. Mai 1995. Berlin [Alemanha]: De Gruyter, 1995.

BYERS, Michael. Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age. **McGill Law Journal**, Montreal [Canadá], v. 47, p. 389-431, 2002.

CALVO SOTELO, José. **La doctrina del abuso del derecho:** como limitación del derecho subjetivo. Madrid [Espanha]: V. Suarez, 1917.

CAMPION, Lucien. **La théorie de l'abus des droits:** de l'exercice antisocial des droits subjectifs. Bruxelas [Bélgica]: Établissements Émile Bruylant; Paris [França]: Librairie Générale de Droit, 1925.

CANARIS, Claus-Wilhelm. O “contato social” no ordenamento jurídico alemão. Tradução: Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Patrícia Cândido Alves Ferreira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo: RT, v. 16, a. 5, p. 211-219, jul.-set. 2018. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/458>. Acesso em: 5 jan. 2022.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Die Feststellung von Lücken im Gesetz:** eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung *praeter legem*. 2. überarb. Aufl. Berlin [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1983.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas.** Tradução: Daniela Brückner e José Luis de Castro. Madri [Espanha]: Civitas, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Gesammelte Schriften.** Berlin [Alemanha]: De Gruyter, 2012a. Bd. III. p. 1275-1304.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Tradução: António Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa [Portugal]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Theorienrezeption und Theorienstruktur. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Gesammelte Schriften.** Berlin [Alemanha]: De Gruyter, 2012b. Bd. I. p. 347-384.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Das Verhältnis zwischen dem wechsel- und scheckrechtlichen Einwendungsausschluß und der Lehre vom Einwendungsdurchgriff kraft Rechtsmißbrauchs. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Gesammelte Schriften.** Berlin [Alemanha]: De Gruyter, 2012c. Bd. III. p. 1361-1414.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Gesammelte Schriften.** Berlin [Alemanha]: De Gruyter, 2012d. Bd. III. p. 259-348.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2003.

CAPITANT, Henri. Sur l'abus des droits. **Revue trimestrielle de droit civil**, Paris [França], v. 27, p. 371-372, 1928.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61-109.

CARPENA, Heloisa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARPENA, Heloisa. O abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARRADITA, André Luís Santoro. **Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARVALHO, Ivo. Análise dos aspectos civis e constitucionais do abuso de direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 10, p. 88-103, 2008.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Abuso do Direito**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o juiz ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra [Portugal], v. LXXIV, n. 74, p. 1-44, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra [Portugal]: Coimbra, 1983.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica**: Problemas fundamentais. Coimbra [Portugal]: Coimbra, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto, questão-de-direito, ou, o problema metodológico da juridicidade**: (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra [Portugal]: Almedina, 1967.

CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes do direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. **Abuso do Direito no Processo Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CATALA, Pierre; WEIR, John Antony. Delicts and torts: a study in parallel. **Tulane Law Review**, Nova Orleães [EUA], v. XXXVIII, n. 2, p. 221-278, fev. 1964. Parte II. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=0Y4yAQAAIAAJ&pg=GBS.PA620&hl=pt-BR&printsec=frontcover>. Acesso em: 3 dez. 2021.

CAZZETTA, Giovanni. Abuso del diritto e forma di unità del giuridico. **Rivista di Diritto Civile**, Padova [Itália], a. 63, n. 3, p. 559-581, maio/jun. 2017.

CELANO, Bruno. Principi, regole, autorità. **Europa e diritto privato**, Milão [Itália]: Giuffrè, n. 3, p. 1061-1086, 2006.

CHARMONT, Joseph. L'abus du droit. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris [França], t. I, p. 413-425, 1902.

CHELIDONIS, Apostolos. „Legalität und Legitimation“ - Gedanken zum Verhältnis von subjektivem Recht und Rechtsmissbrauch. **JURA**, Berlim [Alemanha]: De Gruyter, Heft 10, p. 726-734, 2010.

CHRISTENSEN, Ralph; FISCHER-LESCANO, Andreas. **Das Ganze des Rechts**: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2007.

CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. Recht als Einsatz im semantischen Kampf. In: **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 629-648.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: The historical origins. **International Journal of Constitutional Law**, Nova Iorque [EUA], v. 8, n. 2, p. 263-286, abr. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/moq004>. Acesso em: 14 out. 2021.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. **Cours élémentaire de droit civil français**. Paris [França]: Dalloz, 1914.

COMANDUCCI, Paolo. Abuso del diritto e interpretazione giuridica. In: VELLUZI, Vito (org.). **L'abuso del diritto**: teoria, storia e ambiti disciplinari. Pisa [Itália]: ETS, 2012. p. 19-30.

CORNIL, Georges. **Le droit privé**: essai sua sociologie juridique simplifiée. Paris [França]: Marcel Giard, 1924.

CORREA, Alexandre. Notas sobre o abuso dos direitos em Direito Romano clássico. **Justitia**, São Paulo, v. 36, n. 87, p. 211-220, out./dez. 1974.

COSENTINO, Carla. Prohibition of Abuse of Rights: From Rule to Principle. **Comparazione e Diritto Civile**, Roma [Itália], v. 3, p. 145-162, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Controle judicial de nomeação política? In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (orgs).

Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://doi.org/10.36592/9786587424286-6>. Acesso em: 23 maio 2021.

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. **Do abuso de direito:** ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra [Portugal]: Almedina, 1983.

CUENTAS ORMACHEA, Enrique. El abuso del Derecho. **Derecho PUCP**, Lima [Peru], n. 51, p. 463-484, 1997.

CUETO-RUA, Julio. Abuse of rights. **Lousiana Law Review**, Baton Rouge [EUA], v. 35, n. 5, p. 965-1013, 1975.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra [Portugal]: Almedina, 1973.

DABIN, Jean. **El derecho subjetivo**. Tradução: Francisco Javier Osset. Madri [Espanha]: Revista de Derecho Privado, 1955.

DACORONIA, Eugenia. The evolution of the Greek civil law: from its Roman–Byzantine origins to its contemporary European orientation. In: MACQUEEN, Hector (org.). **Regional Private Laws and Codification in Europe**. Cambrige [Reino Unido]: Cambridge University Press, 2009. p. 288-305.

DAES, Erica-Irene A. Restrictions and limitations to human rights. In: CASSIN, René (org.). **René Cassin amicorum discipulorumque liberumque liber**. Paris: A. Pedone, 1971. v. 3. p. 79-93.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DEL VECCHIO, Giorgio. L'homo juridicus et l'insuffisance du droit comme règle de la vie. **Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique**, Paris [França], v. II, p. 1-20, 1936.

DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. Paris [França]: Arthur Rousseau, 1923.

DENNHARDT, Joachim. § 226 Schikaneverbot. In: HAU, Wolfgang; POSECK, Roman. **Beck'scher Online-Kommentar BGB [BeckOK-BGB]**. 61 Aufl. Berlim [Alemanha]: C. H. Beck, 1 fev. 2022. *E-book*.

DEPPENKEMPER, Gunter. § 226 BGB – Schikaneverbot. In: PRÜTTING, Hanns; WEGEN, Gerhard; WEINREICH, Gerd. **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar [PWW]**. 16. Aufl. Hürth [Alemanha]: Wolters Kluwer, 2021. *E-book*.

DERNBURG, Heinrich. **Pandekten**. Berlim [Alemanha]: C. F. Müller, 1884. Bd. 1. Disponível em: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/books/%22124085%22>. Acesso em: 7 maio 2022.

DIAS, Eduardo Rocha. **Direito à saúde e informação administrativa:** o caso das advertências relativas a produtos perigosos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Eduardo Rocha. Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. **Revista da ESMAFE da 5ª Região**, Recife, v. 13, p. 77-93, mar. 2007. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/170>. Acesso em: 2 dez. 2021.

DIAS, Eduardo Rocha. A sentença: um silogismo? **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 163-175 [p. 1-12], out./dez. 1993. *E-book*.

DIAS, Eduardo Rocha; LIMA, Gabriela Vasconcelos. Sopesamento entre o princípio da publicidade e o direito à privacidade na sociedade informacional: uma crítica hermenêutica à aplicação da lei de colisão de Alexy no Brasil. **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, n. 7, p. 5-20, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v16i7.2968>. Acesso em: 16 fev. 2022.

DIAS, Eduardo Rocha; ROCHA, Ronald Fontenele. A Constituição líquida: mutação constitucional e expansão de direitos fundamentais na hipermodernidade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 1, p. 143-60, jan./abr. 2019.

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 57, n. 225, p. 165-179, jan./mar. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p165. Acesso em: 16 fev. 2022.

DIAS, Eduardo Rocha; TEIXEIRA, Heloysa Simonetti. Quando o grafite é coberto de cinza: solução de conflito à luz da teoria dos princípios de Humberto Ávila. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, v. 56, n. 222, p. 109-131, abr./jun. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/222/ril_v56_n222_p109. Acesso em: 16 fev. 2022.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DREIER, Horst. Artikel 18 [Grundrechtsverwirkung]. In: DREIER, Horst (org.). **Grundgesetz Kommentar**. 3. Aufl. Berlin [Alemanha]: C. H. Beck, 2013a. Bd. I. *E-book*.

DREIER, Horst. Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG. In: DREIER, Horst (org.). **Grundgesetz Kommentar**. 3. Aufl. Berlin [Alemanha]: C. H. Beck, 2013b. Bd. I. *E-book*.

DUARTE, Ronnie. Boa-fé, abuso de direito e o novo Código Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. p. 889-928.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Tradução: Carlos G. Posada. Madri [Espanha]: Francisco Beltran, 1920.

DURAND, Philippe. L'abus de droit : bête du Gévaudan ou Frankenstein ? **La Revue administrative**, Paris [França] : Presses Universitaires de France, a. 56, n. 334, p. 378-382, jul. 2003.

DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Tradução: Luís Afonso Heck. *In*: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011. p. 13-50.

DUVE, Thomas; HAFERKAMP, Hans-Peter. §242. Leistung nach Treu und Glauben. *In*: SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB [HKK-BGB]**. Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, 2007. Bd. II: Schuldrecht: Allgemeiner Teil - §§ 241-432. 1. Teilbd.: vor § 241-§ 304. p. 274-364.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ECK, Laurent. Controverses constitutionnelles et abus de droit. *In*: VIe congrès français de droit constitutionnel, jun. 2005. Atelier sur « les controverses constitutionnelles ». **Publication numérique des actes du VIe congrès français de droit constitutionnel**. Montpellier [França]: Association française de droit constitutionnel, 2005.

EICHENHOFER, Philipp. **Rechtsmissbrauch**: zu Geschichte und Theorie einer Figur des Europäischen Privatrechts. Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, 2019.

ENGISCH, Karl. **La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Tradução: Juan José Gil Cremades. Granada [Espanha]: Comares, 2004.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11. ed. Lisboa [Portugal]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

EPPING, Volker. **Grundrechte**. 8. Auf. Berlim [Alemanha]: Springer, 2019.

ESSER, Josef. § 242 BGB und die Privatautonomie. **JuristenZeitung**, Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, n. 18, p. 555-557, set. 1956.

ESSER, Josef. Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs. **JuristenZeitung**, Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 30, n. 18, p. 555-558, set. 1975.

ESSER, Josef. Canaris, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privat rechts. Berlin und München: Duncker & Humblot 1969. 169 S. (Schriften zur Rechtstheorie Heft 14.). **Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, a. 33, n. 4, p. 757-767, 1969.

ESSER, Josef. Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 172, n. 2-3, p. 97-130, 1972.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução: Eduardo Valentí Fiol. Barcelona [Espanha]: Bosch, 1961.

ESSER, Josef. **Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung:** Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis. Francoforte [Alemanha]: Athenäum, 1970.

ESSER, Josef; SCHMIDT, Eike. **Schuldrecht:** ein Lehrbuch. Karlsruhe [Alemanha]: C. F. Müller, 1975. v. 1 [Allgemeiner Teil], n. 1 [Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen].

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Crise no Modelo de Justiça: Paradigma Procedimental da Construção Normativa e o Novo Papel dos Operadores do Direito. **Revista Urutágua (Online)**, Maringá, v. 5, 2004. Disponível em: http://www.urutagua.uem.br/005/02dir_feitosa.htm. Acesso em: 3 dez. 2021.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Ensino do direito, teoria jurídica e magistratura: em busca de um modelo. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 11, n. 1, 9. 108-117, fev. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.108-117>. Acesso em: 16 fev. 2022.

FELLET, André Luiz Fernandes. A relação entre o nazismo e o positivismo jurídico revisitada. **Direito Público**, [S. l.], v. 6, n. 30, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1667>. Acesso em: 15 fev. 2022.

FERNANDES, André Gonçalves. Caso Ellwanger: despotismo judicial ilustrado. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (org.). **Supremos Erros:** decisões inconstitucionais do STF. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. p. 27-41.

FERNANDES NETO, Guilherme. O abuso de direito no Projeto 634-B. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 27, n. 106, p. 173-180, abr./jun. 1990.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. **Abuso del derecho**. Buenos Aires [Argentina]: Astrea, 1992.

FERREIRA FILHO, Ricardo; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. “O poder de dar a última palavra”: reflexões sobre os instrumentos da superação legislativa da jurisprudência na perspectiva do efetivo diálogo constitucional. **Revista da AGU**, Brasília, v. 21, n. 1, p. 185-208, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.21.n.01.2022.2781>. Acesso em: 16 fev. 2022.

FINNIS, John. Natural Law and Legal Reasoning. **Cleveland State Law Review**, Cleveland [EUA] v. 38, n. 1, p. 1-13, 1990.

FISCHINGER, Philipp. § 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. In: SEIBL, Maximilian; KOHLER, Jürgen; FISCHINGER, Philipp; RIEBLE, Volker (org.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Neubearb. 2021 Aufl. Berlin [Alemanha]: de Gruyter; Colônia [Alemanha]: Otto Schmidt, 3 mar. 2022. Bd. 1: Allgemeiner Teil. §§ 134-138; ProstG: Gesetzliches Verbot, Verfügungsverbot, Sittenwidrigkeit. *E-book*.

FLEISCHER, Holger. Der Rechtsmißbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht. **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, a. 58, n. 18, p. 865-874, 19 set. 2003.

FLETCHER, George P. O justo e o razoável. Tradução: Paulo César Busato e Mariana Cesto. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 9, n. 2, p. 192-229, maio/ago. 2004. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v9n2.p181-228>. Acesso em: 31 out. 2020.

FÖRSTER, Christian. § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. In: HAU, Wolfgang; POSECK, Roman. **Beck'scher Online-Kommentar BGB [BeckOK-BGB BGB]**. 61 Aufl. Berlim [Alemanha]: C. H. Beck, 1 fev. 2022. *E-book*.

FORTES, Vinícius Borges Fortes; BALDISSERA, Wellington Antonio. Regulação das fake news e liberdade de expressão: uma análise a partir da Reclamação 22.328 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, [s.l.], v. 7, n. 3, p. 374-401, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.25245/rdspp.v7i3.671>. Acesso em: 29 jan. 2022.

FRANCA LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino; SANTOS, Gustavo Ferreira. Limites entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira. **Gênero & Direito**, v. 3, n. 2, p. 177-193, 3 nov. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20472>>. Acesso em: 31 out. 2020.

FRASSEK, Ralf. Methode und Zivilrecht bei Karl Larenz (1903–1993). In: RÜCKERT, Joachim; SEINECKE, Ralf (org.). **Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner**. 3., erweiterte Aufl. Baden-Baden [Alemanha]: Nomos, 2017. p. 241-260.

FUCHS, Marie-Christine. O efeito irradiante dos direitos fundamentais e a autonomia do direito privado: a “decisão Lüth” e suas consequências. Tradução: Patrícia Cândido Alves Ferreira e Otavio Luiz Rodrigues Jr. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo: RT, v. 16, a. 5, p. 221-232, jul.-set. 2018. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/459>. Acesso em: 5 jan. 2022.

GÄCHTER, Thomas. Verständnis und Wandel des subjektiven Privatrechts und des Rechtsmissbrauchsverbots. In: GIRSBERGER, Daniel. **ZGB gestern – heute – morgen: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2007**. Zúrique [Suíça]: Schulthess, 2007. p. 81-109.

GALLWAS, Hans-Ullrich. **Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte: Ein Beitrag zum Begriff der Nebenwirkungen**. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1970.

GALLWAS, Hans-Ullrich. **Der Mißbrauch von Grundrechten**. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1967.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Abwägung versus normative Auslegung Kritik der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Mittel juristischer Methodik.

Rechtstheorie, Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, v. 40, n. 1, p. 1-42, 2009.
Disponível em: <https://doi.org/10.3790/rth.40.1.1>. Acesso em: 3 mar. 2022.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre. **Anuario de Filosofía del Derecho**, Madri [Espanha], v. XIV, p. 803-825, 1997. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1996-10080300826. Acesso em: 3 dez. 2021.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? **Isegoría**, [S. l.], n. 35, p. 151-172, 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2006.i35.34>. Acesso em: 21 maio 2021.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Razonamiento jurídico y argumentación**: nociones introductorias. Puno: Zela, 2017.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Respuesta a la epístola de Manuel Atienza. In: ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Um debate sobre la ponderación**. Lima [Peru]: Palestra; Bogotá [Colômbia]: Temis, 2012a. p. 111-132.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sobre ponderaciones. Debatiendo com Manuel Atienza. In: ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel; GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Um debate sobre la ponderación**. Lima [Peru]: Palestra; Bogotá [Colômbia]: Temis, 2012b. p. 39-85.

GENTILI, Aurelio. L'abuso del diritto come argomento. **Rivista de Diritto Civile**, Pádua [Itália], v. 58, n. 3, p. 297-331, maio/jun. 2012.

GERVEN, Walter Van. Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux. **Journal des Tribunaux**, Bruxelas [Bélgica]: Maison Larcier, a. 111, n. 5629, p. 305-309, 11 abr. 1992.

GIORGIANNI, Virgilio. **L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica**. Milão [Itália]: Dott. A. Giuffrè, 1963.

GLAESER, Walter Schmitt. Hans-Ulrich Gallwas: Der Mißbrauch von Grundrechten. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Heidelberg [Alemanha], v. 95, n. 2, p. 320-324, 1970.

GOLDSCHMIDT, Roberto. A Teoria do abuso de direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações. **Revista Forense**: doutrina, legislação e jurisprudência, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, v. 41, n. 97, p. 22-30, jan./mar., 1944.

GOMEZ TORRES, Carmelo J. El abuso de los derechos fundamentales. In: PÉREZ LUÑO (coord.). **Los Derechos humanos**: significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla [Espanha]: Universidad de Sevilla, 1979. p. 301-332.

GONZALEZ PEREZ, Jesus. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madri [Espanha]: Civitas, 1983.

GRECO, Rogério. O STF e seus inquéritos ilegais. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (orgs). **Supremos Erros**: decisões inconstitucionais

do STF. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://doi.org/10.36592/9786587424286-15>. Acesso em: 23 maio 2021.

GROTHER, Helmut. § 226 Schikaneverbot. In: SCHUBERT, Claudia (org.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [MüKoBGB]**. 9 Aufl. Berlin [Alemanha]: C. H. Beck, 2021. Bd. 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG. *E-book*.

GUSKI, Roman. The re-entry paradox: Abuse of EU law. **European Law Journal**. Hoboken [EUA]: Wiley, v. 24, n. 6, p. 422-433, nov. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/eulj.12297>. Acesso em: 15 jul. 2021.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. O abuso do direito. In: NADER, Paulo (coord.). **Revista forense comemorativa - 100 anos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. t. 2. p. 229-258.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Pressupostos filosóficos da noção do abuso do direito. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 120, p. 372-378, nov./dez. 1948.

GUTTERIDGE, Harold Cooke. Abuse of Rights. **The Cambridge Law Journal**, Cambridge [EUA], v. 5, p. 22-45, 1933.

HÄBERLE, Peter. Beschränkung und Missbrauch der Grundrechte im Kontext des europäischen Verfassungsvergleichs – eine Problemskizze. In: HÄBERLE, Peter. **Vergleichende Verfassungstheorie und Verfassungspraxis: Letzte Schriften und Gespräche**. Berlin [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2016. p. 72-78.

HACHEM, Daniel. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v11i44.220>. Acesso em: 1 fev. 2022.

HAFERKAMP, Hans-Peter. § 138. Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. In: SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB [HKK-BGB]**. Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, 2003a. Bd. I: Allgemeiner Teil - §§ 1-240. p. 708-752.

HAFERKAMP, Hans-Peter. §§ 226-231. Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung. In: SCHMOECKEL, Mathias; RÜCKERT, Joachim; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). **Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB [HKK-BGB]**. Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, 2003b. Bd. I: Allgemeiner Teil - §§ 1-240. p. 1033-752.

HAFERKAMP, Hans-Peter. Bemerkungen zur deutschen Privatrechtswissenschaft zwischen 1925 und 1935 - dargestellt an der Debatte um die Behandlung der *exceptio doli generalis*. **forum historiae iuris**, Berlin [Alemanha], 1 jul. 1997. *E-book*. Disponível em: <https://forhistiur.net1997-07-haferkamp>. Acesso em: 30 set. 2021.

HAFERKAMP, Hans-Peter. Die *exceptio doli generalis* in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914. In: FALK, Ulrich; MOHNHAUPT, Heinz (org.). **Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter: Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)**. Francoforte [Alemanha]: Vittorio Klostermann, 2000. p. 1-37.

HAFERKAMP, Hans-Peter. On the German history of method in civil law in five systems. **German Law Journal**, Lexington [EUA], v. 17, n. 4, p. 543-578, 2016.

HAFERKAMP, Hans-Peter. The science of private law and the state in nineteenth century Germany. **The American Journal of Comparative Law**, Ann Harbor [EUA], v. 56, n. 3, p. 667-690, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.5131/ajcl.2007.0022>. Acesso em: 3 dez. 2021.

HAGER, Johannes. § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. *In*: OECHSLER, Jürgen; HAGER, Johannes (org.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Neubearb. 2021 Aufl. Berlin [Alemanha]: de Gruyter; Colônia [Alemanha]: Otto Schmidt, 2021. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 826-829; ProdHaftG: Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, Unzurechnungsfähigkeit und Produkthaftung. *E-book*.

HARTMANN, Dieter-Dirk. Verwirkung von Grundrechten. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Heidelberg [Alemanha], v. 95, n. 4, p. 567-580, 1970.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. Tradução: Marcos Keel. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa [Portugal]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 281-301.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. 10ème édit. Paris [França]: Recueil Sirey, 1921.

HEFERMEHL, Wolfgang. Entwicklungen im recht gegen unlauteren Wettbewerb. *In*: LUTTER, Marcus; STIMPEL, Walter; WIEDEMANN, Herbert (org.). **Festschrift für Robert Fischer**. Berlin [Alemanha]: de Gruyter, 1979. p. 197-213.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. Tradução: Luis Tobio. 1. ed. electronica. México [México]: Fondo de Cultura Económica, 2015.

HENČEKOVÁ, Slavomíra. Is the Prohibition of Abuse of Law a Legal Principle? **Prague Law Working Papers Series**, Praga [República Tcheca], v. 1, t. 2, p. 1-16, 2017.

HENKEL, Heinrich. **Introducción a la Filosofía del Derecho**: fundamentos del Derecho. Tradução: Enrique Gimbernat Ordeig. Madri [Espanha]: Taurus, 1968.

HENKEL, Heinrich. **Recht und Individualität**. Berlin [Alemanha]: de Gruyter, 1958.

HERRLER, Sebastian. § 226 Schikaneverbot. *In*: SCHLIKEN, Eberhard; KLUMPP, Steffen; REPGEN, Tilman; PETERS, Frank; JACOBY, Florian (org.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Neubearb. 2019 Aufl. Berlin [Alemanha]: de Gruyter; Colônia [Alemanha]: Otto Schmidt, 2019. Bd. 1: Allgemeiner Teil. §§ 164-240: Stellvertretung, Zustimmung, Fristen, Verjährung, Selbsthilfe, Sicherheitsleistung. *E-book*.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução: Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HESSELINK, Martijn W. The concept of good faith. *In*: HARTKAMP, Arthut; HESSELINK, Martijn W; HONDINS, E. H.; MAK, C.; PERRON, C. E. du. (ed.). **Towards a European civil code**. 4th rev. and exp. ed. Hürth [Alemanha]: Wolters Kluwer, 2011. p. 619-649.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch: Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an Neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik. **Der Staat**, Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, v. 43, n. 2, p. 203-233, 2004.

HONG, Mathias. Hassrede und extremistische Meinungsäußerungen in der Rechtsprechung des EGMR und nach dem Wunsiedel-Beschluss des BVerfG. **Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, Munique [Alemanha], Bd. 70, p. 73-126, 2010. Disponível em: https://www.zaoerv.de/70_2010/70_2010_1_a_73_126.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022.

HUBER, Peter. Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe? **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, a. 58, n. 6, p. 290-297, 21 mar. 2003.

HÜBER, Heinz. § 24 Schranken der Rechte. *In*: HÜBER, Heinz. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches**. Berlim [Alemanha]: de Gruyter, 1995. p. 208-212.

HUECK, Alfred. **Der Treuegedanke im modernen Privatrecht**. Munique [Alemanha]: Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1947.

HUSTER, Stefan. **Rechte und Ziele**: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1993.

IONESCU, Raluca. **L'abus de droit en droit communautaire**. 2009. Tese (Doutorado em Estudos Jurídicos Europeus Avançados) – Universidade Autônoma de Barcelona, Université Toulouse I – Sciences Sociales [cotutela], Barcelona [Espanha], 2009.

JAKL, Bernhard. § 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. *In*: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMAN, Christoph (org.). **Beck'scher Online-Grosskommentar BGB [BeckOGK-BGB]**. Berlim [Alemanha]: C. H. Beck, 1 mar. 2022. *E-book*.

JESTAEDT, Matthias. Die Meinungsfreiheit und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen – Das Lüth-Urteil zwischen Dogmatisierung und Historisierung. *In*: RILL, Bernd (org.). **Grundrechte – Grundpflichten**: eine untrennbare Verbindung. Munique [Alemanha]: Hanns-Seidel-Stiftung, 2001. p. 67-79.

JESTAEDT, Matthias. Teoria da ponderação – altos e baixos. Tradução: Rodrigo Garcia Cadore. **Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 8, n. 19, p. 173-208, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/49932>. Acesso em: 19 mar. 2022.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, v. 4, p. 255-292, 2009.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Repensando a teoria do abuso de direito**. Salvador: Juspodivm, 2006.

JORGE JR., Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et leur relativité**: Théorie dite de l'Abus des Droits. 10^{ème} éd., revue et mise au courant de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine et du droit comparé. Paris [França]: Librairie Dalloz, 1939.

JUNG, Peter. Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht. In: BALDUS, Christian; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian (org.). **Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht**: Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive. Munique [Alemanha]: Sellier European Law Publishers, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

KAHL, Wolfgang. Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Heidelberg [Alemanha], v. 131, p. 579-620, 2006.

KAHL, Wolfgang. Neuere Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt: Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik. **Der Staat**, Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, v. 43, n. 2, p. 167-202, 2004.

KAHL, Wolfgang; WALDHOFF, Christian; WALTER, Christian. Artikel 18. In: KAHN, Wolfgang; WALDHOFF, Christian; WALTER, Christian (org.). **Bonner Kommentar zum Grundgesetz**. Heidelberg [Alemanha]: C. F. Müller, fev. 2016. *E-book*.

KÄHLER, Lorenz. § 242 Leistung nach Treu und Glauben. In: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMAN, Christoph (org.). **Beck'scher Online-Grosskommentar BGB [BeckOGK-BGB]**. Berlim [Alemanha]: C. H. Beck, 1 mar. 2022. *E-book*.

KAUFMANN, Arthur. **Analogia y "naturaleza de la cosa"**: hacia una teoría de la comprensión jurídica. Tradução: Enrique Barros Bourie. Santiago [Chile]: Jurídica de Chile, 1976.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KNÖDLER, Christoph. **Mißbrauch von Rechten, selbstwidersprüchliches Verhalten und Verwirkung im öffentlichen Recht**. Herbolzheim [Alemanha]: Centaurus, 2000.

KOESTLER-GRACK, Rachel A. **Bruce Lee**. Nova Iorque [EUA]: Chelsea House, 2007.

KOVAČEVIĆ-KUŠTRIMOVIĆ, Radmila. Le domaine de l'application du principe de l'interdiction de l'abus de droit. **Facta Universitatis, Series: Law and Politics**, Nis [Sérvia], v. 1, n. 1, p. 41-55, 1997. Disponível em: <http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap97/lap97-04.html>. Acesso em: 21 jun. 2022.

KRAMME, Malte. § 242 BGB – Leistung nach Treu und Glauben. In: PRÜTTING, Hanns; WEGEN, Gerhard; WEINREICH, Gerd. **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar [PWW]**. 16. Aufl. Hürth [Alemanha]: Wolters Kluwer, 2021. *E-book*.

KRIELE, Martin. **Theorie der Rechtsgewinnung**: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. 2. Auf. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1967.

KRUG, Etienne G.; DAHLBERG, Linda L.; MERCY, James A.; ZWI, Anthony B.; LOZANO, Rafael. **World Report on Violence and Health**. Genebra [Suíça]: World Health Organization, 2002.

KUDLICH, Hans. **Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot**: Anwendbarkeit und Konsequenzen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots für die Ausübung strafprozessualer Verteidigungsbefugnisse. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1998.

KUHN, Adriana Menezes de Simão. O exercício dos direitos segundo as balizas do artigo 187 do Código Civil/2002. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 31, n. 66, p. 115-33, jul./dez. 2007.

L'HOMMEAU, Pierre de. **Les Maximes générales du droit françois**. Paris: A Roven, 1657.

LADEUR, Karl-Heinz. A critique of balancing and the principle of proportionality in constitutional law – a case for ‘impersonal rights’? **Transnational Legal Theory**, Abingdon [Reino Unido]: Routledge, p. 1-29, 20 maio 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/20414005.2016.1176791>. Acesso em: 16 ago. 2022.

LADEUR, Karl-Heinz. „Abwägung“ — ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse. **Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie**, [s.l.], v. 69, n. 4, p. 463-483, 1983.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**: análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. 6. Neubearb. Aufl. Berlim [Alemanha], Heidelberg [Alemanha], Nova Iorque [EUA]: Springer, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa [Portugal]: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUDENKLOS, Frank. „Juristische Methodik“ bei Friedrich Müller (geb. 1938). In: RÜCKERT, Joachim; SEINECKE, Ralf (org.). **Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner**. 3., erweiterte Aufl. Baden-Baden [Alemanha]: Nomos, 2017. p. 424-443.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **A proporcionalidade no direito constitucional**: origem,

modelos e reconstrução dogmática. São Paulo: Melhoramentos, 2017.

LEIBHOLZ, Gerhard; RINCK, Hans-Justus; HESSELBERG, Dieter. Art. 18 – Verwirkung von Grundrechten. In: LEIBHOLZ, Gerhard; RINCK, Hans-Justus (org.). **Grundgesetz Kommentar**: Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Colônia [Alemanha]: Otto Schmidt, abr. 2022. *E-book*.

LEIDNER, Tobias. **Rechtsmissbrauch im Zivilprozess**. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2019.

LEISNER, Walter. **Der Abwägungsstaat**: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit? Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1997.

LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha; BARBOSA, Victor Coelho. Uma análise do julgamento do Recurso Especial 1.720.805/RJ a partir da proposta hermenêutica de Friedrich Müller. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1004, p. 245-246 [p. 1-12], jun. 2019. *E-book*.

LEITÃO, Rômulo Guilherme; SOUZA, José Patriarca Brandão de. Questões políticas e Supremo Tribunal Federal: da autolimitação ao moralismo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, p. 189-204, dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.84631>. Acesso em: 20 maio 2022.

LENAERTS, Annekatrien. The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law. **European Review of Private Law**, Hürth [Alemanha]: Wolters Kluwer, v. 18, n. 6, p. 1121-1154, 2010. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/European+Review+of+Private+Law/18.6/ERPL2010082>. Acesso em: 23 jun. 2022.

LÉONARD, Thierry. **Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes**: Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Université de Namur, Namur [França], 2004.

LEVADA, Cláudio. Anotações sobre o abuso de direito. **Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta**, Jundiaí, a. IV, n. 7, p. 7-17, nov. 2003.

LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. Tradução: Eneida Vieira Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEVY, José Luiz. A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico. São Paulo: Dialética, 2022. *E-book*.

LIMA, Alvino. Abuso de direito. **Revista Forense**, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, vol. 166, p. 25-51, jul./ago. 1956.

LIPARI, Nicolò. On Abuse of Rights and Judicial Creativity. **The Italian Law Journal**, Caserta [Itália], v. 3, n. 1, p. 55-74, 2017.

LOOK, Frank von. Die zivilrechtlichen Generalklauseln in der Rechtsprechung. **Juristische Rundschau**, Berlim [Alemanha]: de Gruyter, H. 3, p. 89-97, mar./2000.

LOOSCHELDERS, Dirk; OLZEN, Dirk. § 242 Leistung nach Treu und Glauben. *In*: OLZEN, Dirk; LOOSCHELDERS, Dirk; SCHIEMANN, Gottfried; MARTINEK, Michael (org.). **J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. Neubearb. 2019 Aufl. Berlim [Alemanha]: de Gruyter; Colônia [Alemanha]: Otto Schmidt, 28 fev 2022. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 241-243: Treu und Glauben. *E-book*.

LOPES, Ana Maria D'ávila. Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. **Revista de Informação Legislativa**. a. 37, n. 148. p. 127-139, Brasília: Senado Federal, out/dez. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/634>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, São Paulo, v. 4, p. 997-1017, out. 2010.

LORENZETTI, Ricardo; PEDROTTI, Daniel. Nuevas fronteras del abuso de derecho: situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo. **Revista de la AEU**, Montevideu [Uruguai] v. 80, n. 1 extr., p. 113-123, 1994.

LOSURDO, Federico. Beyond certainty. Abuse of rights and balancing in contemporary jurisprudence. **Comparative Law Review**, Perugia [Itália], v. 6, n. 2, p. 1-8, 2015. Disponível em: <http://www.comparativelawreview.unipg.it/index.php/comparative/article/view/83>. Acesso em: 14 out. 2021.

LOSURDO, Federico. The prohibition of the abuse of rights in the judicial dialogue in Europe. *In*: **Summer School in European Public Law**, set. 2009. Transnational Judicial Dialogue in Europe.

LUNA, Everardo da Cunha. **Abuso de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução: Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JR, Ronaldo. Freedom of Expression - what lessons should we learn from US experience. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 274-302, jan.-abr. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201711>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra [Portugal]: Coimbra, 2002.

MÄDER, Peter. Neuere Judikatur zum Rechtsmißbrauch. **Juristische Blätter**, Viena [Áustria], v. 20, n. 11, nov. 1998. *E-book*.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. A inconstitucionalidade da equiparação da união “homoafetiva” com a união estável. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (orgs). **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://doi.org/10.36592/9786587424286-4>. Acesso em: 23 maio 2021.

MANNHEIM, Wolfgang Philipp. Ist unzulässige Rechtsausübung im Asylrecht zulässig? **Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht**, Munique [Alemanha], Heft 3, p. 248-250, 1993.

MARMELSTEIN, George. Proibição de abuso. In: MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 424-436.

MARTIN BERNAL, Jose. Nuevas consideraciones valorativas de la teoria del abuso del Derecho. **Anuario de derecho civil**, Madri [Espanha], v. 32, n. 2-3, p. 437-462, 1979.

MARTINS, Leonardo. Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 3, n. 5, p. 15-45, jul./dez. 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v3n5p15-45>. Acesso em: 6 jul. 2022.

MARTINS, Marcelo Hofling; FARAH, Rafel Mott; TOLEDO, Gabriel Single. A remoção de conteúdos políticos da internet como estratégia eleitoral na democracia brasileira: perigos à liberdade de expressão na instituição de controles governamentais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [S. l.], v. 7, n. 3, p. 34-51, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v7i3.398>. Acesso em: 29 jan. 2022.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. histórica, com “Considerações Preliminares à Guisa de Atualização”, de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional – Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio. Ciência prática e prudência em John Finnis: aproximações preliminares à problemática. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 5-13, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/11897>. Acesso em: 25 jan. 2022.

MASTRONARDI, Philippe. Vorwort [II e III]. In: MÜLLER, Friedrich; MASTRONARDI, Philippe. „**Abwägung**“: Herausforderung für eine Theorie der Praxis. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2014b. p. 8-16.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O abuso do direito. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 314-375, 2013.

MAYER-MALY, Theo. Was leisten die guten Sitten. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 194, p. 105-176, 1994.

MCHARG, Aileen. Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. **Modern Law Review**, Hoboken [EUA]: Wiley, v. 62, n. 5, p. 671-696, set. 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1468-2230.00231>. Acesso em: 18 ago. 2022.

MEDICUS, Dieter. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 192, p. 516-567, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 197-313.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra [Portugal]: Almedina, 1983.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. **Revista da Ordem dos Advogados [de Portugal]**, Lisboa [Portugal], a. 65, v. II, set. 2005. *E-book*. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutrinais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>. Acesso em: 11 maio 2021.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **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 [Portugal]: Almedina, 2014. *E-book*.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa [Portugal]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. VII-XCIV.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Prefácio. In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. *E-book*.

MERTEN, Detlef. Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen; SCHMITT-GLAESER, Walter. **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**. Heidelberg [Alemanha]: C. F. Müller, 2009. Bd. III: Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren II. § 60. *E-book*.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINGAM, Christine; DUVAL, Astrid. Abus de droit, etat du droit positif. **Revue Juridique de l'Ouest**, Rennes [França], n. 4, p. 543-570, 1998. Disponível em : https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_1998_num_11_4_2487. Acesso em: 28 set. 2021.

MIOZZO, Pablo Castro. **Interpretação jurídica e criação judicial do Direito**: de Savigny a Friedrich Müller. Curitiba: Juruá, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org.). **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 433-480.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRAGEM, Bruno; BADIA, Ana Lúcia Seifriz. Repensando o abuso de direito: limites e interpretação. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Porto [Portugal]: Juruá, a. V, n. VIII, jan./jun. 2019. *E-Book*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.19135/revista.consinter.00008.32>. Acesso: em 26 ago. 2022.

MODENESI, Pedro. A relação entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 324-351, jan./jun. 2010.

MORAES, Maria Amália Dias de. Do abuso de direito: alguns aspectos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre, v. 15, n. 42, p. 11-26, 1985.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

MOYSE, Pierre-Emmanuel. L'abus de droit : l'anténorme – Partie I. **McGill Law Journal**, Montreal [Canadá], v. 57, n. 4, p. 859-920, 2012a.

MOYSE, Pierre-Emmanuel. L'abus de droit : l'anténorme – Partie II. **McGill Law Journal**, Montreal [Canadá], v. 58, n. 1, p. 1-60, 2012b.

MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência. Tradução: Peter Naumann. In: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a. p. 195-230.

MÜLLER, Friedrich. **Die Einheit der Verfassung - Kritik des juristischen Holismus**: Elemente einer Verfassungstheorie III. 2. erweiterte Aufl. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2007b.

MÜLLER, Friedrich. **Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1969.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische Methodik, Band I**: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis. 11. Auf. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **La positividad de los derechos fundamentales**: cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales. Tradução: Alberto Oehling de los Reyes. Madri [Espanha]: Dykinson, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Metódica jurídica e sistema político**: elementos de teoria constitucional II. Tradução: Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014a.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **„Richterrecht“**: Elemente einer Verfassungstheorie IV. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1986.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretado dos direitos fundamentais. Especialmente com base na teoria estruturante do direito. Tradução: Peter Naumann. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madri [Espanha], n. 7, p. 315-327, 2003. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50679>. Acesso em: 3 dez. 2021.

MÜLLER, Friedrich. Textarbeit, Rechtsarbeit. Zur Frage der Linguistik in der Strukturierenden Rechtslehre. In: MÜLLER, Friedrich; WIMMER, Rainer (org.). **Neue Studien zur Rechtslinguistik**. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2001. p. 11-25.

MÜLLER, Friedrich. Vorwort [I]. In: MÜLLER, Friedrich; MASTRONARDI, Philippe. **„Abwägung“**: Herausforderung für eine Theorie der Praxis. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2014b. p. 5-8.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph; SOKOLOWSKI, Michael. **Rechtstext und Textarbeit**. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1997.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. Abuso del derecho y ponderación de derechos. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, San Vicente del Raspeig [Espanha], v. 41, p. 35-48, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.02>. Acesso em: 14 out. 2021.

MURSWIEK, Dietrich. Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt. **Der Staat**, Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, v. 45, n. 4, p. 473-500, 2006.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2015.

NEVES, André Luiz Batista. O abuso de direitos fundamentais nas Constituições de 1967 e 1969: expressão da modernidade periférica. In: COSTA-NETO, João; QUINTAS, Fábio L.; SILVA, Antonio Sá da (org.). **Ensaio sobre filosofia do Direito: positivismo jurídico, transconstitucionalismo e teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. *E-book*.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019a.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 1, p. 269-316, jan./abr. 2019b. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v5i1.320>. Acesso em: 3 dez. 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares: do dever de protecção à proibição do défice**. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Limites dos direitos fundamentais: fundamento, justificação e controlo**. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes do Estado de Direito**. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra [Portugal]: Coimbra, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Renata Camilo de. **Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik: Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat**. Berlim [Alemanha]: Duncker und Humblot, 2013.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. A desconstrução do abuso do direito. **Revista de Direito [do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro]**, Curitiba: Juruá, v. 66, p. 60-82, jan./mar. 2006.

PALOMBELLA, Gianluigi. **The Abuse of Rights and The Rule of Law**. Parma [Itália]: University of Parma, 2006.

PAPIER, Hans-Jürgen. Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Grundrechte“. In: HUBER, Peter M.; BRENNER, Michael; MÖSTL, Markus (org.). **Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag**. Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, 2004. p. 411- 429.

PEIXOTO, Ester Lopes. A problemática da interpretação no pensamento de Josef Esser. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 121-135, jan.-jun. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35201/34003>. Acesso em: 16 fev. 2022.

PEIXOTO, Fabio Carvalho de Alvarenga. Abuso de direitos fundamentais na teoria estruturante do direito: a partir do “caso do pintor no cruzamento”. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, ahead of print, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17808/des.0.1605>. Acesso em: 5 out. 2021.

PEIXOTO, Fábio Carvalho de Alvarenga. Cheiro de pneu queimado: a “greve de caminhoneiros” de maio de 2018 e o direito fundamental de reunir-se pacificamente. **Revista Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano VIII, Número 21, p. 191-234, jun. 2018.

PEIXOTO, Fábio Carvalho de Alvarenga. **Manifestação em via pública**: o direito de reunião na rua. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a.

PEIXOTO, Fábio Carvalho de Alvarenga. O Tema 855 de repercussão geral: as restrições legais ao direito fundamental de reunir-se pacificamente e a interrupção do trânsito de rodovias. **Revista Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano IX, Número 25, p. 312-344, jun./2019b.

PEIXOTO, Fábio Carvalho de Alvarenga; COELHO, Rosa Júlia Plá. Exercício do direito fundamental de reunião e manifestação durante o período de “quarentena” da Covid-19: democracia militante, suicídio democrático e desobediência civil. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, [S. l.], Ahead of Print, p. 1-26, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.26143>. Acesso em: 5 out. 2021.

PEIXOTO, Fábio Carvalho de Alvarenga; SILVA, Clarissa Sampaio. A obrigação de proteção às missões diplomáticas e as restrições ao direito fundamental de reunir-se pacificamente. **Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 7, n. 18, p. 57-77, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45218>. Acesso em: 5 out. 2021.

PEREIRA, Jane dos Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; ALMEIDA, João Lucas de Oliveira; MACHADO, Lucas Silva. Ativismo judicial: o caminho da racionalidade jurídica ao argumento político. *In*: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (orgs). **Supremos Erros**: decisões inconstitucionais do STF. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://doi.org/10.36592/9786587424286-10>. Acesso em: 23 maio 2021.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução: Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERILLO, Joseph M. **Abuse of Rights**: A Pervasive Legal Concept. *McGeorge Law Review*, Sacramento [EUA], v. 27, p. 37-97, 1996. Disponível em: <https://scholarlycommons.pacific.edu/mlr/vol27/iss1/6>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PETERSEN, Jens. § 27 Der Verstoß gegen die guten Sitten. *In*: PETERSEN, Jens. **Examinatorium Allgemeiner Teil des BGB und Handelsrecht**. Berlim [Alemanha]: de Gruyter, 2013. p. 246-251.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Abusividade (princípio da-). In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 1-14.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINO, Giorgio. L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso). In: MANIACI, Giorgio. **Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica**. Milão [Itália]: Giuffrè, 2006. p. 115-175. [Versão disponibilizada pelo autor em: <https://www1.unipa.it/gpino/elenco%20pubblicazioni.html>. Acesso em: 18 out. 2021.]

PINTER, Rafael. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo: Thomson Reuters, v. 253, mar. 2016. *E-Book*.

PIRAINO, Fabrizio. Il divieto di abuso del diritto. **Europa e diritto privato**, Milão [Itália]: Giuffrè, v. 1, p. 75-173, 2013.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de Droit Civil – Tome Deuxième**: Les preuves Théorie générale des obligations Les contrats Privilèges et hypothèques. 9ème éd. Paris [França]: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1923.

POMPEU, Gina; COELHO, Rosa Júlia. Liberdades de expressão e de informação em face da igualdade e dignidade humana: o caso Siegfried Ellwanger. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 2, p. 329-357, 6 set. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7211>. Acesso em: 31 out. 2020.

POSCHER, Ralf. Acertos, Erros e Equívocos de Autocompreensão da Teoria dos Princípios. Tradução: Pablo Castro Miozzo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, Porto Alegre, v. X, n. 3, p. 3-38, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.61025>. Acesso em: 3 dez. 2021.

POSCHER, Ralf. Resuscitation of a Phantom? On Robert Alexy's Latest Attempt to Save His Concept of Principle. **Ratio Juris**, Bolonha [Itália]: v. 33, n. 2, p. 134-149, jun. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/raju.12286>. Acesso em: 3 mar. 2022.

POSCHER, Ralf. Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand. **RW Rechtswissenschaft: Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung**, Baden-Baden [Alemanha]: Nomos, v. 1, n. 4, p. 349-372, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.5771/1868-8098-2010-4-349>. Acesso em: 2 mar. 2022.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, San Vicente del Raspeig [Espanha], v. 21, n. II, p. 339-353, 1998. Disponível em: <https://doi.org/10.14198/DOXA1998.21.2.25>. Acesso em: 21 maio 2021.

RANIERI, Filippo. Europäische Rechtsgeschichte zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, zugleich eine Reflexion über den Weg zu einem Europäischen Zivilrecht. **Zeitschrift für europäisches Privatrecht**, Berlim [Alemanha]: C. H. Beck, n. 3, p. 564-576, 2011.

RANIERI, Filippo. Die „bona fides“ und die richterliche Kontrolle der Rechtsausübung. *In*: RANIERI, Filippo. **Europäisches Obligationenrecht**: Ein Handbuch mit Texten und Materialien. 3., vollständig überarbeitete Aufl. Viena [Áustria]: Springer, 2009a. p. 1801-1898.

RANIERI, Filippo. Rechtsmissbrauch. *In*: **Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts**. Tübinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, 2009b. *E-book*. Disponível em: <https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Rechtsmissbrauch>. Acesso em: 16 fev. 2022.

REID, Elspeth. The doctrine of abuse of rights: perspective from a mixed jurisdiction. **Electronic Journal of Comparative Law**, Tilburg [Holanda], v. 8, n. 3, p. 1-15, out. 2004. Disponível em: <https://www.ejcl.org/83/abs83-2.html>. Acesso em: 15 jul. 2021.

REINHARDT, Jörn. Conflitos de direitos fundamentais entre atores privados: “efeitos horizontais indiretos” e pressupostos de proteção de direitos fundamentais. Tradução: Paula Galbiatti Silveira e Douglas Elmauer. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 13, n. 41, p. 59-91, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v13i41.819>. Acesso em: 19 mar. 2022.

REIS, Thiago. Apologie des Pandektensystems. **Rechtsgeschichte**, Munique [Alemanha], n. 18, p. 246-248, 2011.

RESCIGNO, Pietro. L'abuso del diritto. **Rivista di Diritto Civile**, Padova [Itália], n. 1, p. 205-290, 1965.

ROBILANT, Anna di. Abuse of rights: the continental drug and the common law. **Hastings Law Journal**, São Francisco [EUA], v. 61, n. 3, p. 687-748, 2010.

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. Freedom of Speech in the Federal Constitution of Brazil and the Problem of its Collision with other Fundamental Rights, particularly personality rights. **Przegląd Prawa Konstytucyjnego**, Praga [República Tcheca], v. 34, n. 6, p. 133-163, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.15804/ppk.2016.06.07>. Acesso em: 5 jan. 2022.

RODRIGUES DA CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio. A evolução conceitual da liberdade de expressão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, v. 11, n. 2, p. 402-421, 13 maio 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1955>. Acesso em: 31 out. 2020.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Direito ao esquecimento e as suas fronteiras atuais no Brasil e na experiência estrangeira. *In*: FORGIONI, Paula A.; DEL NERO, Patrícia Aurélio; DEZEM, Renata Mota Maciel; MEYER-PFLUG MARQUES, Samantha Ribeiro (coord.). **Direito empresarial, direito do espaço virtual e outros desafios do Direito**: homenagem ao professor Newton de Lucca. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 947-960.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. *E-book*.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.46560/meritum.v5i2.1054>. Acesso em: 21 dez. 2021.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. **O Direito**, Lisboa, a. 147, t. I, p. 45-110, 2015.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADROS, Fausto de Quadros; OTERO, Paulo; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (org.). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra [Portugal]: Coimbra, 2012. v. III [Direito constitucional e justiça constitucional]. p. 61-89.

RODRIGUEZ-ARIAS, Lino. **El abuso del derecho**. Buenos Aires (Argentina): Juridicas Europa-América, 1971.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução: Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

RÖVEKAMP, Klaus. § 226 Schikaneverbot. In: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMAN, Christoph (org.). **Beck'scher Online-Grosskommentar BGB [BeckOGK-BGB]**. Berlim [Alemanha]: C. H. Beck, 1 mar. 2022. *E-book*.

ROVIRA VIÑAS, Antonio. **El abuso de los derechos fundamentales**. 1980. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Autónoma de Madrid, Madri [Espanha], 1980.

RÜCKERT, Joachim. Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel. **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, a. 66, n. 19, p. 913-923, 7 out. 2011.

RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código que não teve oportunidade? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 34, p. 6-36, 31 ago. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.63728>. Acesso em: 20 jun. 2022.

RÜCKERT, Joachim. Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren – Mythos, Legende, Botschaft. **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, a. 65, n. 1, p. 1-9, 8 jan. 2010.

RÜCKERT, Joachim. Die Schlachtrufe im Methodenkampf – ein historischer Überblick. In: RÜCKERT, Joachim; SEINECKE, Ralf (org.). **Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner**. 3., erweiterte Aufl. Baden-Baden [Alemanha]: Nomos, 2017. p. 541-604.

RÜCKERT, Joachim. Unrecht durch Recht – zum Profil der Rechtsgeschichte der NS-Zeit. **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, a. 70, n. 17, p. 793-804, 4 set. 2015. Disponível em: <http://doi.org/10.1628/002268815x14380730634090>. Acesso em: 13 maio 2022.

RÜCKERT, Joachim. The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900. **The American Journal of Comparative Law**, Ann Harbor [EUA], v. 37, n. 1, p. 121-137, 1989.

RUDNIK, Tanja. **Die Gesetzesumgehung in der Rechtsprechung des**

Bundesarbeitsgerichts: Vom Sachgrunderfordernis zum Rechtsmissbrauchsverbot. Berlin [Alemanha]: Duncker und Humblot, 2019.

RÜPING, Hinrich; DORNSEIFER, Gerhard. Dysfunktionales Verhalten im Prozess.

Juristenzeitung, Tubinga [Alemanha]: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), n. 13, p. 417-420, 1 jul. 1977.

RUTHERFORD, Romy G. La “aemulatio” y el abuso del derecho. **Revista de Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso [Chile], n. XXXV, nov., p. 635-651, 2013.

SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II:** Grundrechte. 3. Auf. Berlin [Alemanha]: Springer, 2017.

SAJÓ, Andras. Abuse of Fundamental Rights or Difficulties of Purposiveness. In: SAJÓ, Andras (org.). **Abuse: the Dark Side of Fundamental Rights**. Utrecht [Holanda]: Eleven International Publishing, 2006. p. 29-98.

SALEILLES, Raymond. **Étude sur la theorie générale de l’obligatoin:** d’après le premier projet de Code Civil pour l’empire allemand. 3ème éd. Paris [França]: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1914.

SÁNCHEZ, Maria Olga. El abuso de derechos: del Código Civil al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Constitución española. In: VALLEJO, Margarita Serna; ANDRÉS, Consuleho Arranz (org.). **Estudios de Derecho español y europeo:** libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria. Santander [Espanha]: Universidad de Cantabria, 2009. p. 827-842.

SANTIAGO, Alex. O julgamento da ADO Nº 26/DF e a criminalização da homotransfobia pelo STF: avanço ou retrocesso em garantias? In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos (orgs). **Supremos Erros:** decisões inconstitucionais do STF. Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://doi.org/10.36592/9786587424286-12>. Acesso em: 23 maio 2021.

SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais:** os *limites dos limites* como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

SANTIN, Janaína Rigo; ABAL, Felipe Cittolin. Antissemitismo e jurisdição constitucional: análise do caso Siegfried Ellwanger. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 25, n. 10, p. 162-182, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6194>>. Acesso em: 31 out. 2020.

SANTOS, Thiago Rodovalho. **Abuso de direito**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**,

Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v4i7.p160-209.2006>. Acesso em: 5 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito à moradia e penhora do imóvel do fiador: breves notas a respeito da atual posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 253-259, jan./mar. 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i2.540>. Acesso em: 5 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Boletim Científico**, Brasília, a. 4, n. 16, p. 193-259, jul./set. 2005. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>. Acesso em: 22 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2009. p. 213-253.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.522>. Acesso em: 5 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.522>. Acesso em: 5 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 637-660, set./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.16256>. Acesso em: 5 jan. 2022.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a. p. 23-117.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. *In*:

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**: Estudos de Direito Constitucional. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010b. p. 207-262.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAVIGNY, Eike von. Das sogenannte „paradigm case argument“: eine Familie von anti-skeptischen Argumentationsstrategien. **Grazer Philosophische Studien**, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 37–72, 1981.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução: Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madri [Espanha]: F. Góngora y Compañía, 1878. T. I.

SCHÄFER, Birgit. Methode und Zivilrecht bei Josef Esser (1910–1999). In: RÜCKERT, Joachim; SEINECKE, Ralf (org.). **Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner**. 3., erweiterte Aufl. Baden-Baden [Alemanha]: Nomos, 2017. p. 293-315.

SCHAUB, Reante. § 826 BGB – Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. In: PRÜTTING, Hanns; WEGEN, Gerhard; WEINREICH, Gerd. **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar [PWW]**. 16. Aufl. Hürth [Alemanha]: Wolters Kluwer, 2021. *E-book*.

SCHAUER, Frederick. Can rights be abused? **The Philosophical Quarterly**, Saint Andrews [Reino Unido], v. 31, n. 124, p. 225-230, jul. 1981. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2219111>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SCHILLER, Johann Christoph Friedrich von. **Die Braut von Messina**. 10 Aufl. Hamburgo [Alemanha]: Gutenberg Projekt-DE, set. 2004. *E-book*. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/cache/epub/6496/pg6496.html>. Acesso em: 22 ago. 2022.

SCHLINK, Bernhard. **Abwägung im Verfassungsrecht**. Berlim [Alemanha]: Duncker und Humblot, 1976.

SCHOLLER, Heinrich. Ingo Wolfgang Sarlet - Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz - eine rechtsvergleichende Untersuchung - Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1997, 630 S. **Verfassung und Recht in Übersee**, Baden-Baden [Alemanha]: Nomos, a. 32, n. 2, p. 275-278, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.5771/0506-7286-1999-2>. Acesso em: 29 jun. 2022.

SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive. Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, 2009.

SCHMIDT-RÄNTSCH, Johanna. § 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher. In: WESTERMANN, Harm Peter; GRUNEWALD, Barbara; MAIER-REIMER, Georg (org.). **Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar [Erman Kommentar]**: mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG. 16., neu bearbeitete Aufl. Colônia [Alemanha]: Dr. Otto Schmidt, 2020. *E-book*.

SCHNEIDER, Lisa. **Der Rechtsmissbrauchsgrundsatz im Europäischen Insolvenzrecht**. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2015.

SCHNELLE, Eva Marie. **Freiheitsmissbrauch und Grundrechtsverwirkung**: Versuch einer Neubestimmung von Artikel 18 GG. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2014.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 2, abr./jun. 1999. *E-book*.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHUBERT, Claudia. § 242 Leistung nach Treu und Glauben. *In*: KRÜGER, Wolfgang (org.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [MüKoBGB]**. 8 Aufl. Berlim [Alemanha]: C. H. Beck, 2019. Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I §§ 241–310. *E-book*.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel **O direito de manifestação**: âmbito de protecção e restrições. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2006.

SIEBERT, Wolfgang. Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs: über die konkrete Gestaltung der Rechte. *In*: DAHM, Georg; et. al. **Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft**. Berlim [Alemanha]: Junker & Dünhaupt, 1935. p. 189-224.

SIEBERT, Wolfgang. Wolfgang Siebert, Privatdozent: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB.), unter bes. Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UnlWG.). (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- u. Landwirtschaftsrecht, Herausgeber Prof. Dr. Ernst Heyma, Berlin Nr. 72.) Marburg i. Hess. 1931. G. Elwertsche Verlagsbuchh. G. Braun. 255 S. Preis kart. 10,50 RM. **Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 8, p. 998-1001, 1934.

SILVA, Gabriela Nunes Pinto da; SILVA, Thiago Henrique Costa; GONÇALVES NETO, João da Cruz. Liberdade de expressão e seus limites: uma análise dos discursos de ódio na era das *fake news*. **Argumenta Journal Law**, [s.l.], n. 34, p. 415-437, jan./jun. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i34.2169>. Acesso em: 29 jan. 2022.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de direito público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, n. 82, p. 41–52, abr./jun., 1987.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. Os direitos fundamentais e a lei: a constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; et. al. (orgs.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 605-18.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 173-180, maio 2005. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35274>. Acesso em: 3 dez. 2021.

SIQUEIRA, Gustavo. “Justiça rápida e barata para todo o Brasil”, um “código para acabar com as chicanas do Direito”: o Código de Processo Civil de 1939 e alguns discursos sobre o Judiciário. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 2, p. 245-260, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2017.30025>. Acesso em: 19 abr. 2022.

SOMEK, Alexander. Equality as Reasonableness: Constitutional Normativity in Demise. **University of Iowa Legal Studies Research Paper**, Iowa [EUA], n. 5, v. 33, p. 1-25, dez. 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=870051>. Acesso em: 11 maio 2021.

SONO, Kazuaki; FUJIOKA, Yasuhiro. The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan. **Lousiana Law Review**, Baton Rouge [EUA], v. 35, n. 5, p. 1037-1057, 1975. Disponível em: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss5/5/>. Acesso em: 11 maio 2021.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de Tutela. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 13, n. 50, p. 35-92, abr./jun. 2012.

SOUZA, Luiz. Abuso do direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico)**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

SPINDLER, Gerald. § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. In: GSELL, Beate; KRÜGER, Wolfgang; LORENZ, Stephan; REYMAN, Christoph (org.). **Beck'scher Online-Grosskommentar BGB [BeckOGK-BGB]**. Berlim [Alemanha]: C. H. Beck, 1 mar. 2022. *E-book*.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermaßverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra [Portugal], v. LXXX, n. 80, p. 303-345, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRUTH, Anna Katharina. **Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung**: Der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit in Fällen demokratiefeindlicher Äußerungen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, dem Grundgesetz und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Berlin [Alemanha]: Springer, 2019.

STÜRNER, Rolf. EuGHMR, Urteil der 3. Kammer v. 24. 06. 2004 - No. 59320/00 (Hannover ./ Deutschland). (Leitsatz vom Verf. der Anmerkung.). **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, a. 59, n. 20, p. 1015-1021, 2004.

STÜRNER, Rolf. Grenzen der Begründbarkeit von Werten. **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, a. 46, n. 10, p. 505-507, 1991.

STÜRNER, Rolf. Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik. **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, n. 1, p. 10-24, 2012.

STÜRNER, Rolf; SEINECKE, Ralf. Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall. In: RÜCKERT, Joachim; SEINECKE, Ralf (org.). **Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner**. 3., erweiterte Aufl. Baden-Baden [Alemanha]: Nomos, 2017. p. 39-51.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-229.

SUTSCHET, Holger. § 242 Leistung nach Treu und Glauben. In: HAU, Wolfgang; POSECK, Roman. **Beck'scher Online-Kommentar BGB [BeckOK-BGB BGB]**. 61 Aufl. Berlin [Alemanha]: C. H. Beck, 1 fev. 2022. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa [Portugal], a. 1, n. 6, p. 447-472, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0447_0472.pdf. Acesso em: 16 maio 2022.

TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (org.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004. p. 89-110.

TERRA, Felipe Mendonça. Razão ou sensibilidade? Decidindo casos sobre liberdade de expressão: lições do cenário norte-americano. **Universitas JUS**, Brasília, v. 27, n. 1, p. 163-187, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/unijus.v27i1.3551>. Acesso em: 16 fev. 2022.

TERRAZAS PONCE, Juan. Abuso del derecho. Definiciones en torno a su origen. **Temas de Derecho**, Santiago [Chile], a. XXIV, p. 95-132, 2009.

TEUBNER, Gunther. An den Grenzen des Rechts: die Paradoxie des Rechtsmissbrauchs. **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 75, n. 8, p. 373-378, 17 abr. 2020.

TONET, Luciano. A hermenêutica total e a interpretação integradora como fator de democratização: um estudo do caso Ellwanger. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 14, n. 2, p. 17-32, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2670>>. Acesso em: 31 out.

2020.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei**: entre positivismo jurídico, pós-positivismo e pragmatismo. 2. ed. revista, modificada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 397-449.

TRÄGER, Marion. Methode und Zivilrecht bei Franz Wieacker (1908–1994). In: RÜCKERT, Joachim; SEINECKE, Ralf (org.). **Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner**. 3., erweiterte Aufl. Baden-Baden [Alemanha]: Nomos, 2017. p. 264-291.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução: Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TULLIO, Loredana. La valeur de la théorie de l'« abus de droit ». **Revue juridique de l'Ouest**, Rennes [França], n. 4, p. 7-49, 2015. Disponível em : <https://doi.org/10.3406/juro.2015.4685>. Acesso em: 28 set. 2021.

USTARRÓZ, Daniel. A Atualidade da teoria do abuso do direito. **Revista jurídica**, Curitiba, a. 2019, v. 68, n. 495, p. 47-51, jan. 2019.

VALLADÃO, Haroldo. Condenação do abuso do direito. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 8-11, p. 95-101, 1971.

VELLUZZI, Vito. **Le clausole generali**: semantica e politica del Diritto. Milão [Itália]: Giuffrè, 2010.

VELLUZZI, Vito. Dietro la maschera. Abuso del diritto soggettivo e interpretazione. In: BALLARINI, Adriano (org.). **Novecento del diritto**. Turim [Itália]: G. Giappichelli, 2019. p. 315-340.

VESTING, Thomas. Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten: Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschatz und Meinungsfreiheit. **Archiv des öffentlichen Rechts**, Heidelberg [Alemanha], v. 122, n. 3, p. 337-371, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra [Portugal]: Almedina, 1998.

VOGEL, Friedemann; CHRISTENSEN, Ralph. Die Sprache des Gesetzes ist nicht Eigentum der Juristen: Von der Prinzipienspekulation zur empirischen Analyse der Abwägung. In: MÜLLER, Friedrich; MASTRONARDI, Philippe. **„Abwägung“**: Herausforderung für eine Theorie der Praxis. Berlin [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2014. p. 87-129.

VOLKMANN, Uwe. Veränderungen der Grundrechtsdogmatik. **JuristenZeitung**, Tubinga [Alemanha]: Mohr Siebeck, a. 60, n. 6, p. 261-271, 18 mar. 2005.

WAGNER, Eberhard. § 226 Schikaneverbot. *In*: WESTERMANN, Harm Peter; GRUNEWALD, Barbara; MAIER-REIMER, Georg (org.). **Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar [Erman Kommentar]**: mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBG, VersAusglG und WEG. 16., neu bearbeitete Aufl. Colônia [Alemanha]: Dr. Otto Schmidt, 2020. *E-book*.

WAGNER, Gerhard. § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. *In*: HABERSACK, Mathias (org.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [MüKoBGB]**. 8. Aufl. Berlin [Alemanha]: C. H. Beck, 2020. Bd. 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV §§ 705-853, PartGG, ProdHaftG. *E-book*.

WARAT, Luís Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires [Argentina]: Abeledo-Perrot, 1969.

WEBBER, Grégoire. On The Loss of Rights. *In*: HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradley W.; WEBBER, Grégoire (org.). **Proportionality and the Rule of Law: Rights, Reasoning, Justification**. Cambridge [Reino Unido]: Cambridge University, 2014. p. 123-154.

WEBER, Ralph. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 192, p. 516-567, 1992.

WEBER, Ralph. Erwiderung. **Archiv für die civilistische Praxis**, Tübingen [Alemanha]: Mohr Siebeck, v. 194, p. 90-92, 1994.

WEINGARTNER NETO, Jayme; SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade religiosa no Brasil com destaque para o marco jurídico-constitucional e a jurisprudência do STF. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 59-104, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.31501/repats.v3i2.7739>. Acesso em: 3 dez. 2021.

WENDTLAND, Holger. § 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft. *In*: HAU, Wolfgang; POSECK, Roman. **Beck'scher Online-Kommentar BGB [BeckOK-BGB BGB]**. 61. Aufl. Berlin [Alemanha]: C. H. Beck, 1 fev. 2022. *E-book*.

WHITTAKER, Simon; ZIMMERMANN, Reinhard. Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape. *In*: WHITTAKER, Simon; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). **Good faith in European contract law**. Cambridge [Reino Unido]: Cambridge University, 2000. p. 7-62.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução: José Luis Carro. Madrid [Espanha]: Civitas, 1977.

WIEDMANN, Elke. **Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht**. 2002. Tese (Doutorado em Ciência do Direito) – Universität Konstanz, Constança [Alemanha], 2002.

WILHELMI, Rüdiger. § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. *In*: WESTERMANN, Harm Peter; GRUNEWALD, Barbara; MAIER-REIMER, Georg (org.). **Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar [Erman Kommentar]**: mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBG, VersAusglG und WEG. 16., neu bearbeitete Aufl. Colônia [Alemanha]: Dr. Otto Schmidt, 2020. *E-book*.

WINDISCH, Florian. „Abwägung“ als Relationsnorm-Konstruktion: Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der Strukturierenden Rechtslehre. In: MÜLLER, Friedrich; MASTRONARDI, Philippe. „Abwägung“: Herausforderung für eine Theorie der Praxis. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2014b. p. 19-86.

YASSIM, Assad Amadeo. Considerações sobre abuso de direito. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, São Paulo, v. 4, p. 589-604, out. 2010.

ZEISS, Walter. **Die arglistige Prozesspartei**: Beitrag zur rechtstheoretischen Präzisierung eines Verbotes arglistigen Verhaltens im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses. Berlim [Alemanha]: Duncker & Humblot, 1967.

ZACCARIA, Giuseppe. L'abuso del diritto nella prospettiva della filosofia del diritto. **Rivista de Diritto Civile**, Pádua [Itália], v. 62, n. 2, p. 744-758, maio/jun. 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard; SCHMIDT, Jan Peter. O Código Civil Alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. Tradução: Arthur Maximus Monteiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 12, a. 4, p. 317-358, jul.-set. 2017. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/318>. Acesso em: 5 jan. 2022.

ZUYLEN, Jean. Fautes bonne foi et abus de droit: convergences et divergences. **Annales de Droit de Louvain**, Louvain [Bélgica], v. 71, n. 3, 2011.

Referências documentais não jurisprudenciais

ÁFRICA DO SUL. [Constituição (1996)]. **Constitution of the Republic of South Africa**. Pretoria: South African Government, [1996]. Disponível em: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>. Acesso em: 16 dez. 2021.

ALEMANHA. [Código Civil (1896)]. **BGB**. Berlim [Alemanha]: Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, [1896]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>. Acesso em: 26 ago. 2021.

ALEMANHA. [Constituição (1919)]. **Die Verfassung des Deutschen Reichs**. Vurzburg [Alemanha]: Universität Würzburg, [1919]. Disponível em: https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02160100/Elektronische_Texte/Verfassungstexte/Die_Weimarer_Reichsverfassung_2017ge.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

ALEMANHA. [Lei contra a concorrência desleal alemã (1909)]. **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**. 1 out. 1909. Berlim [Alemanha]: Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, [1909]. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/. Acesso em: 22 out. 2021.

ALEMANHA. [Lei de Trabalho por Tempo Parcial e a Termo Certo (2000)]. **Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge**. 21 dez. 2000. Berlim [Alemanha]: Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, [2006]. Disponível em:

<https://www.gesetze-im-internet.de/tzbf/BJNR196610000.html>. Acesso em: 26 ago. 2021.

ALEMANHA. [Lei de Proteção à Parentalidade (2006)]. **Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit**. 5 dez. 2006. Berlim [Alemanha]: Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, [2006]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/beeg/BJNR274810006.html>. Acesso em: 26 ago. 2021.

ALEMANHA. [Lei Fundamental (1949)]. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha** [23 de maio de 1949]. Berlim [Alemanha]: Deutscher Bundestag, 2019. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 26 maio 2020.

ALEMANHA. [Código Civil da República Democrática da Alemanha (1975)]. **Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik**. 19 jun. 1975. [s.l.]: Verfassungen der Welt, [1975]. Disponível em: <http://www.verfassungen.de/ddr/zivilgesetzbuch75.htm>. Acesso em: 2 jul. 2022.

ALEMANHA. [Lei de Proteção à Parentalidade (2006)]. **Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit**. 5 dez. 2006. Berlim [Alemanha]: Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, [2006]. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/beeg/BJNR274810006.html>. Acesso em: 26 ago. 2021.

O APAGÃO da liberdade de expressão no Brasil. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 30 ago. 2021. Editorial. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/editoriais/liberdade-de-expressao-fake-news-abusos-stf-tse-cpi-covid/>. Acesso em: 19 out. 2021.

ARGENTINA. [Constituição (1949)]. **Constitución de la Nación Argentina** [16 mar. 1949]. Buenos Aires [Argentina]: Archivo Nacional de la Memoria, [1949]. Disponível em: http://www.jus.gob.ar/media/1306658/constitucion_1949.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana

sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. [Código de Processo Civil (1939)]. **Decreto-Lei Nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. [Código Civil (1916)]. **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Presidência da República, [1916]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República, [1943]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. [Constituição (1969)]. **Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 1.207, de 25 de outubro de 1950**. Dispõe sobre o direito de reunião. Brasília: Presidência da República, [1950]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1207.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília: Presidência da República, [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei n.º 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1989]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília: Presidência da República, [1994].

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm. Acesso em: 27 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. [Código Civil (2002)]. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei n.º 256/2003**. Dispõe sobre requisitos e condições para o registro de nomes de domínio na rede internet no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, [2003]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=105468>. Acesso em: 20 maio 2022.

CJF. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 16 maio 2022.

CJF. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf>. Acesso em: 16 maio 2022.

CNJ. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 6 out. 2021.

ESPAÑA. [Código Civil (1889)]. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**. Madrid [Espanha]: Ministério de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, [1889]. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>. Acesso em: 7 out. 2021.

EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 4 nov. 1950. Estrasburgo [França]: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, [1950]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

FRANÇA. **Code Civil [1804]**. Paris [França]: Légifrance, [2021]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>. Acesso em: 16 maio 2021.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão [1789]**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 1º maio 2019.

FRANÇA. **Ordonnance 188 d'août 1539 [Ordonnance de Villers-Cotterêts]**. Villers-Cotterêts [França]: Assemblée Nationale, [1539]. Disponível em: https://portal-lem.com/documents/langues/occitan/ordonnance_de_villers-cotterets.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

GRÉCIA. [Constituição (1975)]. **Greece's Constitution of 1975 with Amendments through 2008**. [s.l.]: Constitue Project, [2021]. Disponível em: https://www.constituteproject.org/constitution/Greece_2008.pdf?lang=en. Acesso em: 27 set. 2021.

HOLANDA. [Código Civil (1838)]. **Dutch Civil Code [Burgerlijk Wetboek]**. Kruiskensweg: DCL, [1838]. Disponível em: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. Acesso em: 6 out. 2021.

JAPÃO. [Constituição (1946)]. **The Constitution of Japan**. Tóquio [Japão]: Prime Minister of Japan and His Cabinet, [1946]. Disponível em: https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html. Acesso em: 14 nov. 2021.

MÉXICO. [Constituição (1917)]. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857. **Diário Oficial [do México]**: tomo V, México [México], n. 30, p. 149-161, 5 fev. 1917. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

PORTUGAL. [Código Civil (1966)]. **Decreto-Lei n.º 47344**. Código Civil. Lisboa [Portugal]: Diário da República Eletrônico, [1966]. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>. Acesso em: 26 ago 2021.

PRÚSSIA. **Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten**. Tubinga [Alemanha]: Universität Tübingen, [1 jun. 1794]. Ester Theil. Disponível em: <https://opiniojuris.de/quelle/1622>. Acesso em: 1 set. 2021.

SUIÇA. [Código Civil (1907)]. **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2021)**. Berna [Suíça]: Der Bundesrat, [1907]. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de. Acesso em: 7 out. 2021.

URSS. [Código Civil (1922)]. **Civil Code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic: an English translation**. Tradução de Whitmore Gray e Raymond Stults. Ann Arbor [EUA]: The University of Michigan Law School, 1965. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/books/3/>. Acesso em: 26 ago. 2021.

Referências jurisprudenciais

ACRE. TJAC (Câmara Cível). **Apelação Cível n.º 0000428-68.2006.8.01.0001 (2007.002802-3)**. [...] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABUSO NO EXERCÍCIO DE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO [...]. Apelante: Narciso Mendes de Assis. Apelado: Sérgio Yoshio Nakamura. Relatora: Des. Miracele de Souza Lopes Borges. Rio Branco, AC, 29 maio 2008. Diário da Justiça. Rio Branco, 3 jun. 2008. Disponível em: <https://esaj.tjac.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=6137&cdForo=0>. Acesso em: 19 abr. 2021.

ACRE. TJAC (Câmara Cível). **Apelação Cível n.º 9001843-65.9999.8.01.0000 (2008.001561-0)**. [...] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABUSO NO EXERCÍCIO DE LIBERDADE DE INFORMAÇÃO [...]. Apelante: Jorge Ney Viana Macedo Neves. Apelado: A.S.A. Castro. Relatora: Des. Miracele de Souza Lopes Borges. Rio Branco, AC, 2 set. 2008. Diário da Justiça. Rio Branco, 4 set. 2008. Disponível em: <https://esaj.tjac.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8052&cdForo=0>. Acesso em: 19 abr. 2021.

ALAGOAS. TJAL. **REsp [n.º 516984] [de] TV Pajuçara Ltda**. Maceió, AL, 18 nov. 2013. [s.p.]. Disponível em: <https://a2v.stj.jus.br/feitos/api/visualizador/numeroRegistro/201902039862/link/56807158>. Acesso em: 27 abr. 2021.

ALAGOAS. TJAL (2. Câmara Cível). **Apelação n.º 0071659-94.2007.8.02.0001**. [...] MATÉRIA JORNALÍSTICA. [...] COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO CONTRAPOSTOS AO DIREITO À IMAGEM. APRECIÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INFORMAÇÕES INCORRETAS QUE MACULARAM A IMAGEM DO AUTOR NO MEIO SOCIAL. DESÍDIA. REPARAÇÃO QUE SE FAZ DEVIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. [...] RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. Apelante: TV Pajuçara Ltda. Apelado: Adalberto Correia de Lima. Relator: Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo. Maceió, AL, 31 out. 2013. Diário da Justiça. Maceió, 6 nov. 2013. Disponível em: <https://www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=30468&cdForo=0>