

O ABUSO DE DIREITO AINDA TEM UTILIDADE NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO?

*IS THE CONCEPT OF ABUSE OF RIGHTS STILL
USEFUL IN BRAZILIAN PRIVATE LAW?*

EDUARDO DE SAMPAIO LEITE JOBIM

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo – USP. Ex-bolsista da USP e do CNPq. Advogado. eduardo@ejobim.com.br

Assista agora
aos comentários
do autor para
este artigo



Recebido em: 05.10.2018
Aprovado em: 20.01.2022

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O artigo visa a analisar se ainda haveria relevância para o estudo do instituto jurídico do abuso de direito no Brasil. Para tanto, será apresentado um dissenso que se travou entre estudiosos do direito, acerca da relevância do referido instituto jurídico: de um lado, destacam-se autores que apontam que o abuso de direito teria sido incorporado pela boa-fé objetiva, tomada como exercício inadmissível de posições jurídicas, que se estruturou na Alemanha em face do desenvolvimento da cláusula geral da boa-fé; de outro, existem estudiosos do direito que dão relevância e atualidade ao abuso de direito, afirmando que o seu critério material seria mais amplo que o da boa-fé, na medida em que cobriria para além dessa, os critérios de bons costumes e função econômica ou social do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito privado – Abuso de direito – Código Civil brasileiro – Boa-fé objetiva – Direito comparado.

ABSTRACT: The present work analyzes the relevance of the concept of "abuse of rights" under Brazilian Private Law. With this aim in mind, we shall present a discussion among legal scholars regarding the relevance of such concept: on one side, there are authors who argue that abuse of rights would have been incorporated by the good faith doctrine, as in a case of unacceptable exercise of rights in court, which is a concept of its own established in Germany as a further development of the good faith doctrine; on the other side, there are legal scholars who argue the relevance of the study of the abuse of rights on its own. In this sense, these scholars understand that the abuse of rights concept has a broader range of criteria, with additional aspects such as standards of "public decency" (*bons costumes*) and the "social function of law" (*função social do direito*).

KEYWORDS: Private law – Abuse of rights – Brazilian Civil Code – Doctrine of good faith – Comparative law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O dissenso doutrinário acerca da relevância do abuso de direito no Brasil. a) Argumentos pela incorporação do abuso de direito pela boa-fé objetiva. b) Contraponto aos argumentos da incorporação do abuso de direito pela boa-fé. 2. A atualidade do abuso de direito no direito privado brasileiro. a) A relevância do abuso de direito para além da boa-fé: limites ao exercício dos direitos subjetivos pelos fins econômicos ou sociais. b) Limites ao exercício dos direitos subjetivos pelos bons costumes. Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo identificar se a cláusula geral do abuso de direito ainda teria relevância no direito privado brasileiro. Para tanto, será analisado o motivo pelo qual chegamos ao questionamento que serviu de título ao presente texto, oferecendo argumentos teóricos que comprovam haver um dissenso doutrinário acerca da utilidade do abuso de direito no Brasil, posteriormente à sua consagração expressa pelo art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002.

Em posições antagônicas, indicaremos haver doutrina relevante que sustenta que o abuso de direito teria perdido relevância em face da ascensão e importância da cláusula geral da boa-fé objetiva, que, entre as suas vertentes, combateria o uso abusivo e disfuncional dos direitos subjetivos por meio dos exercícios inadmissíveis de posições jurídicas, reduzindo em tal perspectiva a utilidade do abuso de direito. De acordo com esta tese, esse conceito legal estaria em declínio, uma vez que ocasionaria desvantagens pela associação do abuso de direito tomado sob uma concepção francesa. Caberá ao presente trabalho refletir sobre a origem do dispositivo em análise e o país que a influenciou. Veremos se a tese que defendeu o declínio do abuso de direito não deixou de levar em conta, na leitura da redação do art. 187 do Código Civil brasileiro, haver 3 (três) critérios materiais que limitam o exercício abusivo do direito, dado que apenas um é identificado com a boa-fé objetiva. Por fim, veremos se a cláusula geral da boa-fé seria um instrumento jurídico apto para limitar efeitos abusivos entre partes que não mantêm vínculo de qualquer natureza, como as vítimas de preços predatórios, as partes com relações de parentesco etc.

Em sentido oposto do supraindicado, analisaremos quais os campos materiais que poderiam ter sido deixados de lado pela corrente que aduziu não ter mais utilidade em se falar na figura do abuso de direito. Analisaremos como a doutrina explicou a construção do dispositivo em questão, para constatar qual seria a procedência e a limitação criada pelo termo “*fim econômico ou social e bons costumes*”. Na segunda parte do trabalho, veremos se existem espaços autônomos ao abuso de direito que não tenham sido encobertos pela boa-fé objetiva.

Veremos ainda quais são as diferenças entre o abuso de direito e a boa-fé, constatando quais os pontos de interseção entre ambas as cláusulas gerais e quais as regiões materiais que não são coincidentes. Em seguida, analisaremos se ainda há relevância no conceito do abuso de direito para além da figura da boa-fé, realizando uma análise

5. Com o advento do Código Civil de 2002, autores defenderam que a boa-fé objetiva teria tomado o lugar do art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002. Autores defenderam que o art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002 não versaria sobre o abuso de direito, mas, sim, deveria dar fundamento aos exercícios de posições jurídicas inadmissíveis que já seriam reconhecidos no Brasil pela sedimentada experiência no uso da boa-fé objetiva.

6. Pudemos analisar os critérios materiais contidos no dispositivo para constatar que o critério mais relevante ligado ao abuso de direito (art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002), realmente é tomado pela boa-fé objetiva, como exercícios inadmissíveis de posições jurídicas. Nem por isso, o fundamento teve o condão de cobrir os outros critérios materiais limitados aos fins econômicos e sociais e aos bons costumes.

7. Constatamos que o limite ao fim econômico ou social não foi extraído do direito alemão. Esse é de origem italiana e decorre da vinculação das normas jurídicas ao princípio da solidariedade. O limite determinado pelo fim econômico ou social teve origem na obra do jurista Emilio Betti, e o fim econômico-social desempenha papel fundamental no negócio jurídico e no próprio direito. Esse será digno de tutela pelo Estado, quando estiver presente uma causa como função digna de tutela. A investigação sobre a causa-função desempenha um papel interpretativo que evidenciará se o limite econômico ou social é digno de tutela ou não.

8. O fim econômico e social e a limitação impostos pelos bons costumes não foram encobertos pela noção de boa-fé objetiva, uma vez que cada campo material do dispositivo em questão possui uma respectiva funcionalidade. O primeiro é diferente, pois limita direitos subjetivos que sejam causados por pessoas que não têm relação jurídica direta (por exemplo: negócio jurídico); o segundo é um limite já conhecido no Brasil e aparece em 6 (seis) passagens diferentes do Código Civil de 2002, sendo atrelado à noção de sexualidade e relações familiares.

9. A cláusula de bons costumes só pode ser interpretada pelos princípios constitucionais, não se prestando em hipótese alguma para limitar direitos de imprensa, de impedir a livre manifestação do pensamento ou inviabilizar práticas culturais e manifestações culturais. O seu campo de aplicação é muito reduzido, prestando-se apenas para a limitação de atos considerados relevantes. A sua limitação só poderá ser feita por argumentação coerente e racional, que não seja influenciada por preferências pessoais ou por apegos religiosos do magistrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932.

- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 66, p. 60-78, jan.-mar. 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Orgs.). *Novo Código Civil. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.
- BALESTRA, Luigi. Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto. *Rivista di Diritto Civile*, v. 63, n. 3, p. 541-558, maio-jun. 2017.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, n. 4, p. 97-110, jan.-mar. 2003.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BETTI, Emilio. *Teoria General del Negocio Juridico*. Trad. A. Martin Perez. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1954.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 21, n. 6, p. 95-119, jan.-mar. 2005.
- BOULOS, Daniel. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos – Interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Uma leitura orientada pelo discurso jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- CAHN, Naomi; CARBONE, June. *Red Families v. Blue Families – Legal polarization and the creation of culture*. New York: Oxford University Press, 2011.
- CAZZETTA, Giovanni. Abuso del diritto e forma di unità del giuridico. *Rivista di Diritto Civile*, v. 63, n. 3, p. 559-581, maio-jun. 2017.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo: reflexões no Código de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueirêdo (Orgs.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2006. v. 5.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Orgs.). *Novo Código Civil. Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.
- DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Orgs.). *Questões controvertidas no novo Código Civil. Parte geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Paris: LGDJ, 2001.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Do contrato no estado social*. Crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, v. 886, n. 98, p. 49-68, jul. 2009.
- LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coords.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela contra o ilícito (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). *Revista de Processo*, v. 245, n. 40, p. 313-329, jul. 2015.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do “venire contra factum proprium”. *Revista da AJURIS*, v. 32, n. 97, p. 143-169, mar.-abr. 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith. A contribuição do Código Civil português ao Código Civil brasileiro e o abuso do direito: um caso exemplar de transversalidade cultural. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, v. especial, p. 107-128, 2008.
- 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*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MARTINS-COSTA Judith. *A reconstrução do direito privado – Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Tratado de direito civil português – Parte geral*. Coimbra: Almedina, 2005. t. 4.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MENEZES CORDEIRO. António Manuel. Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 65, n. 2, p. 327-385, set. 2005.
- MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, n. 5, p. 159-178, jan.-mar. 2018.
- MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 842, n. 94, p. 11-44, dez. 2005.

- NAVAS, Bárbara Gomes. O abuso do direito de resolver: análise da teoria do adimplemento substancial no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, n. 4, p. 79-102, abr.-jun. 2017.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, v. 73, n. 18, p. 17-29, jan. 2017.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. t. 2.
- REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Abuso de direito e responsabilidade por ato ilícito: críticas ao Enunciado 37 da 1ª Jornada de direito civil. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, n. 3, p. 63-94, abr.-jun. 2016.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, v. 803, n. 91, p. 751-764, set. 2002.
- RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. Trad. por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo – Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Teoria geral do direito civil. Questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil – Arts. 185 a 232*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3, t. 2.
- TORRES, Ricardo Lobo. Normas gerais antielisivas. *Revista Fórum de Direito Tributário*, v. 1, n. 1, p. 90-123, jan.-fev. 2003.
- VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. Conteúdo e função da cláusula geral dos bons costumes no Código Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Teoria geral do direito civil. Questões controvertidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 290.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Civil

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- O abuso de direito nas relações contratuais: breve ensaio sobre a origem do instituto na perspectiva comparada e o impacto nas relações contratuais, de Victória Albertão Duarte – *RDPriv* 105/99-107; e
- O abuso de direito de ação no processo civil brasileiro – contornos teóricos e práticos do assédio processual a partir da análise do Recurso Especial 1.817.845, de Angelo Prata de Carvalho – *RePro* 319/339-357.