

---

# REPRESSÃO AO ABUSO DE DIREITO. UMA BREVE COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DO COMMON LAW E CIVIL LAW. AS HIPÓTESES DE ABUSO DE DIREITO NO ORDENAMENTO COMUNITÁRIO EUROPEU. ABORDAGEM DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

---

*ABUSE OF RIGHTS. A BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN  
THE CONCEPTIONS OF ABUSE OF RIGHTS IN COMMON LAW AND  
CIVIL LAW. A BRIEF VIEW OF THE BRAZILIAN LAW*

*André Luiz Alves Ligeiro*

*Procurador da Fazenda Nacional em Ribeirão Preto (SP)*

*Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-SP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito comparado; 2 A oposição entre os sistemas jurídicos *common law* e *civil law*; 3 A repressão ao abuso de direito; 4 A repressão do abuso de direito no âmbito dos sistemas jurídicos caracterizados no *civil law*; 5 O tratamento do abuso de direito no sistema jurídico definido pelo *common law*; 6 O abuso de direito no ordenamento jurídico comunitário europeu; 7 A repressão ao abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro; 8 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo leva em consideração que o direito está em constante evolução para acompanhar as mutações sociais, de costumes e econômicas em determinado país ou em determinado grupo de países. O estudo do direito comparado permite a difusão de regras jurídicas entre os países. Apesar da tendência de surgimento de sistemas jurídicos mistos, persiste a oposição entre common law e civil law. Foi realizada uma avaliação sobre como esses dois principais sistemas jurídicos definem o abuso de direito. Também é realizada uma análise do tratamento do abuso de direito no ordenamento comunitário europeu. Ao final, é mostrado um quadro atual do ordenamento jurídico brasileiro com relação ao abuso de direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abuso de Direito. Definição *Civil Law*. Common Law. Direito Comparado. Comparação Jurídica. Direito Comunitário Europeu. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

**ABSTRACT:** This article takes into account that the law is constantly evolving to keep up with social change, customs and economic conditions in a particular country or a particular group of countries. The study of comparative law allows the dissemination of legal rules across countries. Despite the trend of emergence of mixed legal systems, there is the opposition between common law and civil law. An evaluation was performed on these two major legal systems define the abuse of rights. It is also an analysis of the treatment of abuse of rights in European Community law. At the end, is shown a picture of the current Brazilian law regarding abuse of rights.

**KEYWORDS:** Abuse of Rights. Conceptions. Civil Law. Common Law. Comparative Law. European Comunitary Law. Brazilian Law.

## INTRODUÇÃO

A convivência humana vem se tornando mais complexa.

Conseqüentemente, o direito está em constante mutação influenciado por aspectos culturais, políticos, sociais, econômicos, éticos, religiosos etc.

Surgiu a necessidade de melhor avaliar as situações nas quais o titular de um direito poderá exercê-lo sem acarretar prejuízo ou dano a outrem, ou seja, sem que o exercício de um direito extrapole os limites impostos pela sociedade em constante evolução ou os limites estabelecidos pelo legislador.

Em outras palavras, está cada vez mais freqüente a necessidade de apurar os limites da autonomia privada em várias situações e em distintos ramos do direito, como o direito de propriedade, a autonomia contratual, a liberdade de expressão, a liberdade econômica e a livre iniciativa.

O Direito é um instrumento destinado a regular a vida em sociedade e para que esse instrumento possa ser utilizado de forma eficaz e prática deve ser amoldado à realidade social em que aplicado ou utilizado.

A respeito da praticabilidade do Direito, Alfredo Augusto Becker<sup>1</sup> ensina:

O direito positivo não se mantém em estado de “ideal descarnado”, pois o direito positivo só existe referindo-se à realidade social. A regra jurídica nasce da oportunidade de conflitos e situações sociais em que o Estado quer intervir. A regra jurídica deve ser, construída, não para um mundo ideal mas para agir sobre a realidade social. Não se pode conceber outro direito positivo a não ser aquele destinado para este mundo onde nós vivemos.

[...]

O direito positivo foi elaborado para este mundo habitado pelo Homem [...]

Esta visão do direito positivo não resulta da maldade ou deficiência dos legisladores; foi a maldade e deficiência dos homens que tornou necessário criar o direito positivo. O esquecimento deste simples fato conduz a erros teóricos e práticos muito graves.

---

1 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 72-73.

Com efeito, deste esquecimento resultará um direito positivo destinado exclusivamente a uma sociedade formada por indivíduos Santos e Geniais ou onde, ao menos aqueles incumbidos de interpretá-lo e defender a sua eficácia, reúnam estas duas virtudes integrais.

Ora, quando os homens, em sua maioria, forem Geniais e Santos, todo o direito positivo não terá mais razão de existir.

Por isto, esta Teoria Geral do Direito Tributário não se destina àqueles raros e privilegiados indivíduos que já atingiram o grau de Santidade ou Genialidade, mas ao homem que – como nós mesmos – ainda participa das servidões e grandezas da condição humana.

No cenário mundial é nítida a maior aproximação entre os países do ponto de vista cultural, social e, principalmente econômico, o que leva à celebração de tratados ou acordos internacionais tendentes à formação de grupos de nações visando a facilitar a circulação de bens e pessoas.

Assim, ganha força o direito comunitário, embora ainda seja perceptível a dicotomia existente entre os sistemas jurídicos do civil law e de outro lado o chamado common law.

É evidente o esforço dos países da atual União Européia na busca de uma aproximação dos respectivos sistemas jurídicos, considerando, principalmente, a existência de uma corte de justiça supranacional, a Corte de Justiça da União Européia.

Dessa forma, surge a necessidade de estudar como determinados institutos ou conceitos jurídicos, como é o caso do abuso de direito, são tratados no ordenamento jurídico de diversos países, bem como a possível dificuldade de sua assimilação em decorrência da existência desses dois principais sistemas jurídicos.

## **1 O DIREITO COMPARADO**

O estudo comparativo de sistemas jurídicos proporciona a visualização não apenas as diferenças, mas especialmente das semelhanças existentes entre normas jurídicas elaboradas por diferentes grupos humanos ou, mais especificamente, entre os países.

Um mesmo instituto jurídico pode apresentar-se de maneira diferente nos ordenamentos jurídicos de variados países. Sendo assim, a apuração de semelhanças e distinções entre diferentes ordenamentos jurídicos permite o aprimoramento da formação do jurista e possibilita a revisão legislativa do direito nacional por meio da adoção de determinado instituto jurídico que existia apenas no ordenamento estrangeiro.

É inegável a influência de um ordenamento jurídico de um determinado país sobre o ordenamento jurídico de outro.

Così, ad esempio, il diritto italiano legale dal 1865 al 1930 era derivato da modelli francesi, ma la dottrina giuridica italiana dal 1900 in poi era largamente influenzata dalla scienza tedesca (di cui la presenza delle parole negozio giuridico, fattispecie, ecc., nel linguaggio del giurista italiano, nonostante l'estraneità de questi termini al linguaggio legislativo). Um idêntico fenômeno se è verificato anche in altri importanti paesi del mondo<sup>2</sup>.

A comparação entre ordenamentos jurídicos permite a escolha do modelo jurídico mais apropriado para determinado país, principalmente em decorrência de aspectos culturais, históricos e políticos.

O direito comparado também assume papel importantíssimo na construção do direito comunitário, como exemplo o Direito da Comunidade Européia.

É importante levar em consideração que o comparatista muitas vezes se debruça sobre o estudo de um sistema jurídico cujas normas foram elaboradas em idioma que não é o seu, o que torna difícil a comparação, pois frequentemente uma palavra não encontra vocábulo equivalente em outro idioma. Pode ocorrer, também, que uma palavra exista em diferentes idiomas, mas com significados distintos.

Até mesmo se a comparação abrange ordenamentos jurídicos de países que falam a mesma língua poderá haver vocábulos jurídicos diferentes, contudo indicando institutos jurídicos semelhantes.

Per affrontare i problemi che tutto ciò pone, bisognerà tener presente che il vocabolo giuridico appartiene contemporaneamente sia ad un sistema linguistico sia ad un sistema giuridico che si esprime con parole sue proprie.

Tenendo presente questo dato, possiamo comprendere come paesi che parlano la stessa língua possano avere vocaboli giuridici differenti. Così, ad esempio, il francese e l'italiano utilizzati per verbalizzare il diritto svizzero usano il termine *possession*, *posse* per indicare il potere de fatto sulla cosa scompagnato dall'intento de considerarsi proprietario, mentre in Francia e in Itália questo potere viene chiamato, per lo più, *détention* e *detenzione*<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. 3. ed. Torino: UTET Giuridica, 2008. p. 24.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 8

Para resolver essas dificuldades de ordem lingüística, o comparatista utiliza a tradução necessária ao jurista não somente no estudo do direito comparado, mas também, por exemplo, no direito internacional para elaboração de tratados internacionais celebrados em múltiplos idiomas conforme os países signatários ou na formação do direito comunitário.

Entretanto, mesmo a tradução de termos ou vocábulos jurídicos pode acarretar dificuldades ao comparatista.

La parola francese *contrat* fa pensare alla parola inglese *contract*, e molte volte si potrà tradurre un vocabolo con l'altro, senza inconveniente maggiori. Però, in Inghilterra non se chiamano *contracts* gli accordi di tipo liberale (cioè le donazioni), e non si chiamano *contracts* gli accordi volti a operare il trasferimento di una proprietà. Il concetto di *contrat* non corrisponde dunque al concetto de *contract*. E non esiste in inglese un vocabolo che corrisponda pienamente a *contrat*, nè esiste in francese un vocabolo che corrisponda pienamente a *contract*<sup>4</sup>.

Na solução de problemas relacionados à tradução, o jurista utiliza critérios como o da correspondência conceitual, pois:

Talora un reticolato di vocaboli, più o meno ampio e dotato de coerenza, viene introdotto in una lingua per inserirvi un reticolato concettuale proveniente da una cultura che si esprime in un'altra lingua. La uniformità concettuale è allora assicurata. Il giurista del rinascimento si esprimeva in latino. Quando si formarono le lingue giuridiche francese, tedesca, italiana, neerlandese, spagnola, ecc., ognuna di queste versioni assegnò a vocaboli scelti a questo fine il compito di tradurre le corrispondenti espressioni latine, e questa circostanza assicurò l'omogeneità dei termini appartenenti alle varie lingue<sup>5</sup>.

Em determinadas circunstâncias, o estudioso do direito comparado poderá utilizar o neologismo para trazer para o seu idioma vocábulos jurídicos encontrados na língua do ordenamento jurídico estudado.

Realizando a comparação, o jurista tende a agrupar os diversos sistemas jurídicos conforme suas semelhanças.

---

4 GAMBARO; SACCO, op. cit., p. 9.

5 Ibid., p. 10.

Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco, citando R. David, mencionam os sistemas romano-germânicos que se desenvolveram no continente europeu, os sistemas socialistas existentes na antiga União Soviética que acabou difundido para alguns países europeus e asiáticos como China e Vietinã, o sistema do common law originariamente inglês mas espalhado por antigas colônias inglesas como Estados Unidos, Canadá, Índia, Austrália, Nova Zelândia e alguns países africanos.

Por outro lado, independentemente dos sistemas jurídicos que estão sendo comparados, constata-se que o direito está em constante mutação influenciado por aspectos culturais, políticos, sociais, econômicos, valores éticos ou religiosos etc.

A vida em sociedade está em constante mutação, o que implica em ajustes na aplicação da regra jurídica tributária, sobre o que Alfredo Augusto Becker discorre de forma brilhante<sup>6</sup>:

A vida social é complexíssima. O ideal seria adaptar o direito a esta matéria diversa, de um tal modo que cada caso de cada espécie poderia encontrar sua solução específica previamente preparada e perfeitamente adequada aos caracteres próprios e únicos do caso individual. Mas não existe autoridade pública, nem mesmo inteligência humana, capaz de prever e resolver o número infinito de casos gerados pela fecundidade da vida social.

O legislador, dando preferência a um ou outro elemento, não exclui a possibilidade de soluções de equilíbrio, dosando (o legislador; não o juiz) o sacrifício segundo as contingências, segundo o tempo e o lugar.

A regra jurídica é o instrumento para obter-se a solução que o legislador impõe ao problema prático gerado pelo conflito de interesses de diversas categorias, socialmente relevantes, porém de múltiplas categorias.

[...]

A construção da regra jurídica importará sempre em maior ou menor deformação e transfiguração do fenômeno real, gerando conseqüentemente uma tensão entre a regra jurídica (“construído”) e a realidade social (“dado”). A natureza essencial do direito positivo é ser instrumento; como instrumento deverá ser praticável; sem aquela maior ou menor (conforme o caso) deformação e transfiguração

6 BECKER, op. cit., p. 77-79.

do fenômeno real (“dado”), a regra jurídica (“construído”) será impraticável e conseqüentemente não será regra jurídica. A regra jurídica é o instrumento para resolver um problema deste mundo que, num determinado tempo e lugar, salta à frente do legislador, pedindo uma solução mediante um instrumento praticável. Toda e qualquer regra jurídica nunca é a simples consagração ou “canonização” de uma diretriz fornecida pelas ciências pré-jurídicas, porém é sempre o resultado de uma escolha premeditada, de um equilíbrio e de uma verdadeira construção.

Por outro lado, a mutação do direito ocorre também pelo que Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco chamam de difusão (*diffusione*) de normas de um determinado sistema jurídico de um certo país sobre o sistema jurídico de outro e citam como exemplos: “*Il diritto romano si è diffuso in Germania, modelli francesi si sono diffusi in Italia, in Russia, in Africa, modelli inglesi si sono diffusi in America*”<sup>7</sup>.

Segundo esses renomados comparatistas, o fenômeno da difusão decorre da imitação, que pode ser espontânea ou imposta, como no caso de uma conquista militar ou dominação política de um país por outro.

Essa difusão de regras jurídicas leva à uniformização do direito entre os países, o que pode ser considerado benéfico no sentido de facilitar, por exemplo, o comércio internacional, o trânsito de pessoas, a alienação ou aquisição de bens, o ingresso de pessoas no mercado de trabalho, etc.

## **2 A OPOSIÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS *COMMON LAW* *CIVIL LAW***

Considerando que a comparação entre sistemas jurídicos leva ao agrupamento desses sistemas conforme suas afinidades ou semelhanças, o estudo do direito comparado abrange dois principais grupos (ou tradições jurídicas – *tradizioni giuridiche* na definição de Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco) denominados *common law* e *civil law*.

Assim, a comparação jurídica abrange constantemente a oposição entre esses dois principais sistemas jurídicos.

O primeiro surgiu na Inglaterra e espalhou-se pelas antigas colônias inglesas, Canadá – exceto Quebec – Austrália, Estados Unidos,

---

7 GAMBARO; SACCO, op. cit., p. 27.

Nova Zelândia, entre outros países que sofreram influência inglesa ainda que em menor período de tempo.

Por sua vez, o civil law deriva do direito romano praticado na Europa continental, tendo sofrido mutações ao longo da história, alcançou países da América Latina e outros que aproveitaram esse modelo, como Turquia e Japão.

O direito comparado aponta certas diferenças entre os mencionados sistemas jurídicos. O civil law seria um sistema de direito codificado e escrito, enquanto o common law seria consuetudinário e não escrito.

Todavia, conforme bem esclarecem Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco, atualmente essas diferenças entre os dois principais sistemas jurídicos não são mais perceptíveis. A lei em sentido formal não é a única fonte do direito e o código civil não é considerado o alicerce do sistema de civil law. Com relação aos sistemas amparados no common law as regras jurídicas derivam também da legislação elaborada pelo parlamento não se podendo caracterizá-los como estritamente de direito consuetudinário. Além disso, e tendo como exemplo a Corte de Cassação (Cassazione) francesa, os precedentes jurisprudenciais vinculantes adquirem cada vez mais destaque em sistemas fundamentados no civil law.

Concluem esses dois renomados comparatistas que atualmente existem sistemas jurídicos mistos, que possuem características oriundas tanto do civil law quanto do common law. Isso decorre da constitucionalização (costituzionalizzazione) dos ordenamentos jurídicos de muitos países europeus – Portugal, Austria, Itália, Alemanha, Espanha –, que permitiu o controle de constitucionalidade das normas jurídicas realizado por Cortes Constitucionais conforme princípios jurídicos e valores expostos na Constituição, tais como a democracia representativa, a igualdade, a liberdade de expressão, o Estado laico, a proteção do meio ambiente, os direitos das mulheres etc, aos quais está sujeito o exercício do poder legislativo infraconstitucional. A constatação de que esses princípios jurídicos e valores são muito semelhantes na maioria dos países, aproxima os sistemas de civil law e common law, perdendo importância as diferenças entre eles.

Dessa forma, é reconhecida a existência de uma tradição jurídica ocidental sendo que “concettualmente si definisce una tradizione giuridica l’insieme dei modi di pensare, applicare, insegnare il diritto, che siano storicamente condizionati e profondamente radicati nella mentalità giuridica”.

### 3 A REPRESSÃO AO ABUSO DE DIREITO

Antes de prosseguir, é necessário apresentar uma definição de abuso de direito.

“Le droit cesse où l’abus commence” ou “il diritto cessa dove comincia l’abuso”<sup>8</sup>.

O abuso de direito pode ser definido como o desvio de finalidade no exercício de um direito subjetivo previsto em lei ou contrato. Ou seja, o abuso de um determinado direito consiste em extrapolar a finalidade para a qual esse direito foi assegurado, bem como exercitar o direito com finalidade totalmente diversa daquela que levou o legislador a estabelecê-lo. Esse desvio de finalidade na realização do direito subjetivo consistirá em ato ilícito e acarretará o dever de indenizar os danos que forem causados.

Maria Helena Diniz<sup>9</sup>, utilizando o conceito de Antunes Varela, define abuso de direito como “o mau exercício dos direitos subjetivos” e mostra que, de uma forma geral, a doutrina aponta três critérios caracterizadores de atos abusivos:

- a) intenção de lesar outrem, ou seja, no exercício de um direito com o intuito exclusivo de prejudicar, que deverá ser provado por quem o alega; b) a ausência de interesse sério e legítimo; c) o exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social.

[...]

Vicenzo Liprino expõe resumidamente as distinções entre abuso de direito e outras figuras, como: fraude à lei, abuso de formas jurídicas e simulação. Em comparação à simulação, enquanto esta cria uma aparência para ocultar uma situação diferente ou mesmo inexistente, o abuso de direito implica na prática de um ato real (exercício do direito pelo seu titular) com resultado real e efetivo contrário ao ordenamento jurídico. Enquanto o abuso de direito pode ser caracterizado como comportamento (exercício de um direito) com finalidade de causar dano ou prejuízo a outrem, a fraude à lei proporciona uma vantagem ao agente e por reflexo, mas sem que seja a intenção principal, causa dano a outro.

8 PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, p. 337, 1949. Citado por LOSURDO, Federico. *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo* – Storia e giurisprudenza. 1. ed. Torino. G. Giappichelli, 2011. p. 1.

9 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro* 7º v. Responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 478-479.

A caracterização do abuso de direito é muito mais genérica e ampla que o abuso de formas jurídicas.

#### 4 A REPRESSÃO DO ABUSO DE DIREITO NO ÂMBITO DOS SISTEMAS JURÍDICOS CARACTERIZADOS NO CIVIL LAW

Estudo realizado por Federico Losurdo<sup>10</sup> mostra que a proibição do abuso de direito foi codificada nos ordenamentos jurídicos da Alemanha e da Suíça nos primeiros anos de 1900; na Grécia nos anos quarenta; em Portugal e Espanha nos anos setenta; na Holanda nos anos noventa. Nos países em que não há previsão expressa por meio de codificação, como França, Bélgica e Itália, a proibição do abuso de direito é aceita como princípio não escrito<sup>11</sup>.

Porém, Vincenzo Liprino<sup>12</sup> entende que parte da doutrina italiana rejeita a existência de uma figura ou conceito geral de abuso de direito sob o argumento de que o legislador cuidou de estabelecer situações ou hipóteses específicas, como:

Il dovere di correttezza previsto dal citato art. 1175 c.c.; il dovere di buona fede che trova applicazione durante tutto l'iter che porta alla conclusione del contratto, dalle trattative (art. 1337 c.c.), alla pendenza della condizione (art. 1358 c.c.), all'interpretazione (art. 1366 c.c.) fino all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.); la non contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume. In particolare si sottolenea che dire ad un soggetto di non comportarsi abusivamente, dato che la doppia negazione afferma, equivale a dirgli di comportarsi secondo correttezza, buona fede e più in generale nel rispetto dei principi che il legislatore ha posto. In dottrina si evidenzia ancora che il riferimento all'abuso di diritto può avere una sua utilità a livello linguistico-espressivo per indicare l'accresciuto peso del controllo giurisdizionale sull'operato dei privati, ma ben difficilmente può avere una qualche utilità pratica: da ciò consegue che appare preferibile il ricorso alle figure positivizzate sopra citate.

La giurisprudenza italiana sembrava assumere una posizione negativa circa la configurabilità dell'abuso, almeno fino alla svolta in

10 LOSURDO, Federico. *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*. 1. ed. Torino: G. Giappichelli, 2011. p. 26.

11 LOSURDO, op. cit., p. 26-27.

12 LIPRINO, Vincenzo. *L'abuso di diritto nell'esperienza tributaria francese ed italiana*. Bologna: Alma Mater Studiorum-Università di Bologna, 2009. p. 9-11. (Dissertação, doutorado em Direito Tributário Europeu).

ambito fiscale. Invero i casi in cui i giudici hanno fatto applicazione dell'abuso sono rarissimi. Il più noto e tendenzialmente rimasto isolato risale forse agli anni '60: la Corte di Cassazione ha stabilito che il mancato esercizio di un diritto può costituire un abuso là dove dia luogo all'inosservanza di norme di condotta previste a tutela di diritti altrui. [...]

[...]

Negli altri casi in cui richiama la figura dell'abuso, la giurisprudenza lo fa congiuntamente ad altre clausole generali che, a differenza della prima, trovano un espresso riconoscimento nel codice, come correttezza e buona fede e non ne trae alcuna conseguenza quanto alla soluzione del caso concreto, sicché tale riferimento rimane un mero obiter dictum”.

Também no relato de Federido Losurdo, na Europa, as codificações francesa e austríaca de 1804 e 1811, respectivamente, excluíram a proibição de abuso de direito de seus ordenamentos jurídicos, sendo que o instituto somente reapareceu em 1900 na Alemanha<sup>13</sup>.

Na codificação Alemã, a proibição do abuso de direito foi estabelecida em duas hipóteses previstas nos parágrafos 226 e 242 do BGB: a primeira estabeleceu que “l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere soltanto no scopo de provocare danni ad altri” mas teve escassa aplicação, pois a doutrina optou pela aplicação do princípio da boa-fé (do § 242 do BGB) evitando ter de avaliar o critério subjetivo do animus nocendi; a segunda hipótese (do § 242 do BGB) tem o parâmetro objetivo da conformidade do comportamento segundo a boa-fé, mas tendo a proibição do abuso de direito como meio de controle do exercício do direito subjetivo<sup>14</sup>.

O estudioso italiano destaca a previsão da proibição do abuso de direito no Código Civil da Suíça, de 1907, o qual estabelece que “ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'essercizio dei propri diritti come nell'adempimento degli obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge”<sup>15</sup>.

A detalhada pesquisa de Federico Losurdo aponta a semelhança entre o Código Civil grego, de 1946 e o espanhol, este de 1974. O primeiro estabelece que “l'esercizio di un diritto è vietato qualora

13 LOSURDO, op. cit., p. 27-28.

14 LOSURDO, op. cit., p. 27-28.

15 LOSURDO, op. cit., p. 29.

ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume e dalla finalità socioeconomica del diritto”. O outro prevê que “i diritti devono essere esercitati in conformità alle esigenze della buona fede. La legge non protegge l’abuso del diritto o l’esercizio antisociale dello stesso”. Portanto, em ambos os códigos houve a previsão de que o exercício de um direito deve atender a uma finalidade socio-econômica<sup>16</sup>.

Federico Losurdo mostra que a proibição do abuso de direito consta inclusive no ordenamento jurídico de países socialistas do leste europeu e da União Soviética, todavia com características políticas e sociológicas perceptíveis na previsão de que o exercício de um direito deve atender a uma finalidade econômico-social. Foi o que ocorreu nos Códigos Civis da Polônia, da Hungria, da antiga Tchecoslováquia. O Código Civil da União Soviética, de 1923, contém a seguinte previsão: “i diritti civili sono protetti dalla legge, salvo nei casi in cui essi sono esercitati in un senso contrastante com la loro funzione economica e sociale”. Inclusive, mesmo tendo ocorrido mudanças nos regimes políticos de alguns desses países, a proibição do abuso de direito foi mantida nos respectivos ordenamentos jurídicos<sup>17</sup>.

Vicenzo Liprino<sup>18</sup> menciona, em síntese, que na Itália e na Áustria o abuso de direito é reconhecido se houver intenção de prejudicar ou causar dano; que Alemanha, Suíça, Grécia, Portugal e Espanha utilizam um conceito objetivo bastante próximo do conceito de ato ilícito; que na França e na Bélgica para caracterizar o abuso de direito às vezes exigem a intenção de causar dano ou que o sujeito do direito tivesse, na mesma circunstância, um comportamento diverso.

O artigo 833 do Código Civil italiano é visto pela doutrina daquele país como a comprovação de que em seu ordenamento jurídico existe uma previsão geral de hipótese caracterizadora do abuso de direito decorrente do exercício do direito apenas com a finalidade de prejudicar ao outro<sup>19</sup>, sendo definido o ato emulativo da seguinte forma:

Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

(o proprietário não pode praticar atos que não tenham outra finalidade senão a de prejudicar ou molestar aos outros).

16 LOSURDO, op. cit., p. 29-30.

17 LOSURDO, op. cit., p. 31-33.

18 LIPRINO, op. cit., p. 5, 2009.

19 LIPRINO, op. cit., p. 15.

O mesmo estudioso aponta que no âmbito da definição do abuso de direito como desvio de sua finalidade social, a Constituição da República Italiana contém o art. 42 sobre a função social da propriedade, bem como os artigos 2º e 3º da mesma Constituição<sup>20</sup>.

## **5 O TRATAMENTO DO ABUSO DE DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO DEFINIDO PELO COMMON LAW**

A proibição do abuso de direito também está presente no ordenamento jurídico inglês, atualmente.

Entretanto, a noção de abuso de direito era tradicionalmente rejeitada no direito inglês, pois não se admitia a idéia de investigação da eventual malícia do titular do direito, bem como havia o receio de que não fosse garantido o direito de propriedade e, principalmente, a liberdade contratual.

Embora não admitida na esfera do direito de propriedade, a proibição do abuso de direito no direito inglês acabou aceita no âmbito da responsabilidade civil por meio da figura do *tort of nuisance*, segundo a qual o proprietário que causar dano ao vizinho em decorrência do uso *irragionevole* (absurdo, infundado, excessivo, exagerado, exorbitante) da propriedade deverá indenizá-lo. Por outro lado, não se pode dizer que existe no direito inglês um princípio geral de proibição do abuso de atos emulativos.

## **6 O ABUSO DE DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMUNITÁRIO EUROPEU**

Tendo em vista a oposição entre sistemas jurídicos do common law e civil law e, conseqüentemente, suas distintas concepções sobre abuso de direito (não obstante a mencionada aproximação entre esses dois principais sistemas e o surgimento de sistemas jurídicos mistos), torna-se interessante avaliar de que forma o direito comunitário europeu trata ou define os atos abusivos.

O direito comunitário surge da necessidade de maior integração e cooperação entre os países e tem como principal fonte os tratados internacionais.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDU –, de 1950, prevê em seu art. 17:

---

<sup>20</sup> LIPRINO, op. cit., p. 21.

Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione.

Importante mencionar as disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que em seus artigos 17 e 54 estabelece, respectivamente<sup>21</sup>:

#### Diritto di proprietà

1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale.

#### Divieto dell'abuso di diritto

Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta.

Além das disposições contidas nas convenções de direitos fundamentais, pode-se encontrar previsão de situações consideradas como exercício abusivo de direito nas Diretivas, como, por exemplo, a de nº 38/04/CE, do Parlamento e Conselho europeus, relativa ao direito de circulação e permanência nos Estados-Membros:

Gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto concesso dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio. Qualsiasi misura di questo tipo è proporzionata ed è soggetta alle garanzie procedurali previste agli artt. 30 e 31.

<sup>21</sup> Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 18.12.2000, p. C 364/1

Segundo Federido Losurdo<sup>22</sup>, a jurisprudência comunitária europeia tem se formado sobre a proibição ao abuso de direito comunitário em três situações básicas: a) contornar normas estatais por meio do uso artificial de prerrogativas concedidas pelo ordenamento jurídico comunitário; b) fraude ao direito comunitário, que se verificaria nos casos de elaborações fictícia de condições estabelecidas em norma comunitária; c) abuso de direito comunitário, em sentido estrito, pelo exercício de um direito fundado em disposição comunitária em desconformidade com sua finalidade. Ainda de acordo com o estudioso italiano, a Corte de Justiça Europeia tende a utilizar quase como sinônimos os termos abuso (“abuse”), fraude (“fraud”), elisão (“circumvention”) e a costruzione di puro artificio (“artificial arrangement”); em muitos casos um cidadão ou empresa exercita a liberdade de circulação ou uma prerrogativa comunitária para contornar de forma imoral uma norma interna de um Estado-membro; a apuração da hipótese de abusividade ocorre segundo critérios objetivos e teleológicos, bem como segundo a vontade ou intenção do agente.

## **7 A REPRESSÃO AO ABUSO DE DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Código Civil brasileiro de 2002 contém regra que admite a existência de atos abusivos da seguinte maneira:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Antes, não havia no direito brasileiro uma norma expressa que rejeitasse ou admitisse a possibilidade de tais atos.

Entretanto, Maria Helena Diniz<sup>23</sup> não deixou de perceber no Código Civil anterior, de 1916, certas regras implícitas destinadas a impedir o mau exercício de um direito, tais como as previstas nos artigos 554, 564, 1.530, 1.531, tendo indicado que:

Todavia, há no ordenamento jurídico brasileiro normas que, implicitamente, são contrárias ao exercício anormal de certos direitos. O art. 100 do Código Civil, ao prescrever que “não se considera coação a

---

<sup>22</sup> LOSURDO, op. cit., p. 135.

<sup>23</sup> DINIZ, op. cit., p. 476-477.

ameaça do exercício normal de um direito...”, está considerando como coação a ameaça do exercício anormal de um direito, para extorquir de alguém uma declaração de vontade, logo, com maior razão está reprovando o efetivo exercício anormal desse direito. No art. 160, ao arrolar as causas excludentes da ilicitude, dispõe, dentre outros, que “não constituem atos ilícitos... os praticados... no exercício regular de um direito reconhecido”, de forma que a contrario sensu serão atos ilícitos os praticados no exercício irregular de qualquer direito.

Mesmo anteriormente ao advento do atual Código Civil de 2002, a Constituição Federal, de 1988, já estabelecia que a propriedade deveria atender a uma função social (art. 170) e que a República Federativa do Brasil tem entre seus objetivos fundamentais a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I) tendo como fundamentos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, inciso IV), o que mostra que poderia ser considerado abusivo o exercício de um direito com afronta ao seu fim social.

Aliás, não obstante a existência de uma regra geral atualmente prevista no mencionado art. 187 do Código Civil, esse mesmo diploma legal veicula norma especial, como a prevista em seu art. 50, que prevê a caracterização do abuso de direito na formação de pessoas jurídicas e, também, por exemplo, as regras dos artigos 421, 422 e 1.277, do mesmo Código.

No ordenamento jurídico brasileiro, não apenas no Código Civil são encontradas regras destinadas a coibir o abuso de direito, como são exemplos o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional e art. 18 da Lei nº 8.884/1994.

## **8 CONCLUSÃO**

A contrariedade ao abuso de direito ou ao menos o reconhecimento da existência de hipóteses de exercício de um direito de maneira abusiva, difundiu-se de forma codificada por diversos ordenamentos jurídicos da Europa que adotam sistemas jurídicos com índole de civil law, alcançando inclusive o Brasil.

Por outro lado, no direito inglês, qualificado como sistema jurídico integrante do common law, não há um princípio geral tendente a coibir atos abusivos ou emulativos, muito menos uma previsão codificada dos atos assim considerados. Apesar disso, o abuso de direito encontrou obstáculo no ordenamento jurídico inglês por meio da responsabilidade civil decorrente do mau exercício do direito.

Os critérios ou aspectos caracterizadores dos atos considerados abusivos são bastante semelhantes nos diversos ordenamentos jurídicos, abrangendo a intenção única de causar dano a outrem, a afronta à finalidade econômico-social do direito exercido; a ausência de um fim específico e sério (que não apenas o de causar dano a outrem); a ofensa aos bons costumes e à boa-fé.

A definição dos atos abusivos ou emulativos não parece encontrar obstáculo decorrente das diferenças idiomáticas ou de tradução. Aliás, “a compreensão inicial do abuso de direito não se situa, nem deve situar-se, em textos de direito positivo. A noção é supra legal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana”<sup>24</sup>.

Da mesma forma, a dicotomia entre os principais sistemas jurídicos não causa dificuldade ao reconhecimento dos atos que impliquem em exercício abusivo do direito, pois as definições das hipóteses em que se considera ocorrido o abuso são muito próximas em ambos os sistemas do common law e do civil law.

Ao contrário do ordenamento jurídico italiano, no Brasil o Código Civil veicula uma norma geral para reconhecer situações ensejadoras do exercício abusivo de um direito, que foi tratado pelo legislador brasileiro como ato ilícito. Na Itália, o que poderia ser considerado como um conceito geral de ato abusivo foi inserido no Código Civil daquele país na parte que trata do direito de propriedade, o que levou parcela da doutrina a considerá-lo como norma específica e não um princípio geral. Assim, na Itália, o princípio geral anti-abusivo seria não escrito.

Entretanto, ambos os ordenamentos jurídicos contêm normas esparsas e que definem atos abusivos decorrentes do mau uso do direito.

Ainda com relação ao Brasil e à Itália, cabe mencionar que as respectivas Constituições apresentam normas tendentes a fortalecer o reconhecimento das situações ensejadoras de abuso de direito, especialmente por meio da definição de função social da propriedade, além de princípios e objetivos fundamentais que servem de garantia aos direitos sociais dos cidadãos.

Na esfera do direito comunitário europeu há previsões gerais de impedimento ao abuso de direito e a Corte de Justiça Européia vem formando jurisprudência reconhecendo de forma ampla e em várias situações os atos abusivos ou emulativos impedindo que o direito comunitário seja utilizado para obter vantagem indevida ou que sejam burladas as normas internas dos Estados-membros. Assim, a previsão de situações consideradas como mau exercício do direito pelo direito comunitário e a jurisprudência da Corte de Justiça supranacional

24 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral*. v. 1, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 602.

contribuem para reduzir as dificuldades de repressão ao abuso de direito decorrentes das distinções entre common law e civil law.

O direito comunitário e a jurisprudência supranacional poderão contribuir para o fenômeno da difusão da norma jurídica de coibição dos atos abusivos entre os países membros da União Europeia.

Pode-se concluir que a noção de mau ou bom exercício de um direito é de fácil percepção pelo legislador ou pelo juiz, e também pelo cidadão comum, por tratar-se de um conceito “supra legal” que decorre da “condição humana”, fazendo com que as diferenças entre sistemas jurídicos não sejam tão relevantes para que se possa definir e impedir as situações de abusividade.

## REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* 11. ed. 7º v. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. 3. ed. Torino: UTET Giuridica, 2008.

LIPRINO, Vincenzo. L'abuso di diritto nell'esperienza tributaria francese ed italiana. Bologna: Alma Mater Studiorum-Università di Bologna, 2009. 306 p. (Dissertação, doutorado em Direito Tributário Europeu).

LOSURDO, Federico. *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*. Torino: G. Giappichelli. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* 19. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral* 3. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2003.

