

ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Abuso de Direitos Fundamentais

Copyright © 2026 Almedina Brasil

Almedina Brasil é um selo do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2026 Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto

ISBN: 978-85-8493-917-6

Impresso no Brasil – 1ª Edição, 2026 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

P393

Abuso de Direitos Fundamentais. Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto.
1.ed. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2026.

440 p.; 16 x 23 cm.

ISBN 978-85-8493-917-6

1. Direitos fundamentais – Brasil. 2. Abuso de direito. 3. Direito constitucional. 4. Jurisprudência constitucional. 5. Limites dos direitos fundamentais. I. Peixoto, Fábio Carvalho de Alvarenga. II. Título.

CDU 342.7(81)

Índice para catálogo sistemático:

1: Brasil: Direitos fundamentais: Limites: Abuso de direito

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida.

A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

Marcas Registradas: Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

Material de apoio e erratas: Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site www.altabooks.com.br e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

Suporte Técnico: A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

Grupo Editorial Alta Books

Produção Editorial: Grupo Editorial Alta Books

Diretor Editorial: Anderson Vieira

Editora-Chefe: Manuella Santos de Castro

Assistente Editorial: Francielle Regina

Vendas Governamentais: Cristiane Mutüs

Diagramação: Cumbuca Studio



Rua Viúva Cláudio, 291 — Bairro Industrial do Jacaré

CEP: 20.970-031 — Rio de Janeiro (RJ)

Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419

www.altabooks.com.br — altabooks@altabooks.com.br

Ouvidoria: ouvidoria@altabooks.com.br



“Brushfire fairytales
Itsy bitsy, diamond wells
Big fat hurricanes
Yellow-bellied given names
Well, shortcuts can slow you down
And in the end, we’re bound
To rebound off of we
[...] Slow down everyone
You’re moving too fast
Frames can’t catch you when
You’re moving like that”.

(Jack Johnson, *Inaudible Melodies*)

“Das Gesetz [...],
Alles will es nur eben machen,
Möchte gerne die Welt verflachen”.

(Friedrich Schiller, *Die Braut von Messina*)

“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”.

(Resposta de Hermann Struckmann a Otto von Gierke no *Landesökonomiekollegium*, em 1889)

Amostragem

Ao meu amado filho, Gustavo:

Por todo o tempo que precisei me roubar de você, para chegar(mos) até aqui.

À minha família:

A quem tudo devo.

SOBRE O AUTOR

Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto é Doutor em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza. Vencedor do Prémio FIBE de Teses 2023, e recebedor de menção honrosa no Prémio CAPES de Teses 2023. Procurador do Estado do Ceará. Advogado sócio do escritório Pedrosa & Peixoto Advogados.

AGRADECIMENTOS

Este livro é uma adaptação de minha tese de doutorado, defendida na Universidade de Fortaleza, no Brasil, em 16 de novembro de 2022.

A tese foi premiada com o 1º lugar no Prêmio internacional FIBE 2023 (Direito, Economia, Ciência Política e Administração Pública), e recebeu menção honrosa no Prêmio CAPES 2023 (Ministério da Educação do Brasil), sendo considerada uma das três melhores do Brasil, na área de Direito, no ano de 2022.

Terei uma dívida eterna de gratidão com meu orientador, Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias, por todo o apoio que me deu na construção do trabalho que deu origem a este livro. Também sou profundamente grato ao Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Jr., por todo o seu apoio e entusiasmo com a tese. Pela enorme gentileza com que me trataram pessoalmente e trataram a minha pesquisa, também gostaria de agradecer a todos os meus professores, especialmente aqueles que compuseram a banca de defesa da tese: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Prof. Dr. Rômulo Guilherme Leitão (coordenador do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza) e Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa.

Agradeço à minha família, que, mesmo vivendo tão intensamente as minhas longas ausências para a realização deste trabalho, nunca deixou de me apoiar e de comemorar as conquistas.

Publico este livro na esperança de que ele possa contribuir para o debate sobre o tema do abuso de direito (que tem sido chamado, com razão, de “fênix”, porque sempre ressurge das cinzas).

APRESENTAÇÃO

Obra Agraciada pelo Prêmio FIBE 2023

Com grande satisfação que apresentamos a obra “**Abuso de Direitos Fundamentais - das doutrinas civilistas do abuso de direito à teoria do direito constitucional**”, de autoria de Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto. Este trabalho foi agraciado com a publicação no âmbito do **Prêmio Fórum de Integração Brasil-Europa (FIBE) 2023**, destacando-se entre dezenas de dissertações de mestrado e teses de doutorado submetidas ao prêmio em sua primeira edição.

A obra reflete o espírito central do Prêmio FIBE, que busca promover a integração acadêmica, cultural e jurídica entre o Brasil, Portugal e os demais países da Europa. **Mais do que um reconhecimento acadêmico, esta publicação representa um marco para o fortalecimento do diálogo jurídico transnacional, destacando o impacto das pesquisas** brasileiras no cenário global.

A pesquisa enfrenta o problema crucial da justificação das valorações judiciais sobre o abuso de direitos fundamentais, propondo meios de controle dogmático para o discurso jurisprudencial. Fundamentada em uma robusta pesquisa bibliográfica e documental, que inclui jurisprudência brasileira e referências da literatura alemã, francesa, italiana e portuguesa, a obra promove um diálogo entre as tradições civilistas europeias e sua aplicação no contexto brasileiro.

O impacto internacional dessa obra transcende o campo jurídico. Ela demonstra como uma abordagem integrada pode conectar doutrinas jurídicas distintas e oferecer soluções práticas e aplicáveis em diferentes contextos.

A publicação da tese em parceria com a editora Almedina, sob o Selo FIBE, reforça o compromisso do Fórum de Integração Brasil-Europa em promover pesquisas que ultrapassem fronteiras e inspirem mudanças reais em sociedades interconectadas.

A obra reflete o papel do Prêmio FIBE como um catalisador para a colaboração acadêmica e jurídica entre países de tradição lusófona e europeia. Incentiva a nova geração de pesquisadores a explorarem temas que não apenas analisam a

realidade jurídica, mas que a transformam, incentivando a cooperação internacional em prol de um futuro mais justo e integrado.

Estamos confiantes de que esta publicação será uma contribuição duradoura para os debates jurídicos globais, consolidando o papel do Prêmio FIBE como referência na promoção da excelência acadêmica e de uma maior integração entre o Brasil e a Europa.

Cordialmente,

Bernardo Mota

Coordenador Técnico - Prêmio Fórum de Integração Brasil-Europa (FIBE)

Hadassah Laís S. Santana

Coordenadora Geral - Prêmio Fórum de Integração Brasil-Europa (FIBE)

Vitalino Canas

Presidente - Prêmio Fórum de Integração Brasil-Europa (FIBE)

PREFÁCIO

O texto ora publicado decorre de Tese de Doutorado defendida pelo Dr. Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto, em 2022, no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e que teve, na altura, o título “Racionalização dos Parâmetros de Identificação do Abuso de Direitos Fundamentais como Forma de Controle de sua Utilização na Prática Jurisprudencial Brasileira”. O trabalho foi aprovado após defesa perante banca composta por mim e pelos Professores Otavio Luiz Rodrigues Junior, Ingo Wolfgang Sarlet, Gustavo Raposo Pereira Feitosa e Rômulo Guilherme Leitão. Mereceu ainda duas justas premiações, uma Menção Honrosa do Prêmio CAPES de Teses de 2023 e o 1º lugar na categoria de Teses de Doutorado do Prêmio FIBE – Fórum de Integração Brasil-Europa, de 2023.

Como orientador do trabalho, descortinei, desde o início, as dificuldades que a empreitada pressupunha. À partida, a necessidade de tratar do tema na perspectiva não apenas da Teoria dos Direitos Fundamentais, mas também do Direito Civil, onde surgiu e se desenvolveu a figura do abuso do direito.

Em segundo lugar, a necessidade de integrar o abuso de direito na própria Teoria dos Direitos Fundamentais, na qual se destacam a perspectiva da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e da colisão e ponderação de posições jusfundamentais, sendo eu sabedor, no tocante às duas últimas, da posição crítica adotada pelo autor.

Por fim, desenvolver uma abordagem não apenas descritiva do fenômeno, permitindo sua identificação, mas também normativa ou prescritiva, dando azo à apreciação da adequação e da racionalidade das soluções que a jurisprudência brasileira apresentou para o fenômeno.

O resultado apresentado, destaque-se, mais do que superou as expectativas.

Muito beneficiou o autor, sem desconsiderar seus inegáveis méritos, das sugestões oferecidas por ocasião da banca de qualificação. O trabalho ganhou em termos de sistematização, sendo a estrutura da presente obra inspirada por tais sugestões.

Inicialmente, nela se aborda a noção de abuso de direito. Já busca o autor destacar o papel da doutrina na delimitação da figura e aponta a evolução ou as fases dessa contribuição. Fica clara desde esse momento a importância do papel da ciência do direito e de uma abordagem rigorosa para apreensão e aplicação do abuso de direito, notadamente pela fixação de grupos de casos, reconhecimento que vai acompanhar toda a obra. Em seguida, o autor examina nas tradições franco-belga e alemã as abordagens que vão marcar a perspectiva civilística do abuso, bem como questões metódicas não resolvidas pela aludida perspectiva e a necessidade de justificação racional da qualificação do abuso de direito para controlar o arbítrio judicial.

A seguir, se entra no tema do abuso de direitos fundamentais, tratando de sua admissão pela literatura e de seu tratamento doutrinário. Destaca como se deu a passagem das teorias civilistas à teoria dos direitos fundamentais, afirmando a autonomia do abuso de direitos fundamentais frente ao tema dos limites de tais posições jurídicas. Adentra o tema do controle da racionalidade do discurso sobre o abuso de direitos fundamentais e aponta as abordagens inaceitáveis e aceitáveis do abuso, examinando decisões de tribunais brasileiros e de outros países. Conclui pela necessidade de se adotar uma concepção teórica fundada na afirmação de grupos de casos como forma de alcançar a racionalidade e a transparência das decisões, contribuindo para explicitação dos limites iminentes aos direitos fundamentais, onde se situa a figura do abuso.

Se é certo, como diz o autor em sua conclusão, que o trabalho está apenas começando e que é necessário o desenvolvimento de uma abordagem específica e singular de cada problema específico envolvendo o abuso, o percurso a ser seguido fica muito melhor pavimentado com as contribuições que a obra traz.

Uma observação final: na discussão do tema do abuso de direitos fundamentais, chama a atenção o número de casos envolvendo as liberdades comunicativas. Parece haver uma tendência ao surgimento de situações de abuso das liberdades de informar, de criticar e de expressar uma opinião. Em uma época em que as redes sociais alteram a compreensão do âmbito protegido da liberdade de expressão e amplificam as possibilidades de difusão massiva de desinformação, com riscos à democracia e a outros direitos, mostra-se ainda mais oportuno investigar quando dela se abusa, quer para manter vivo o discurso que anima o livre mercado das ideias, quer para coibir as expressões não protegidas e que abusam dessa mesma liberdade. Trata-se de mais uma razão para ler o trabalho e também para aguardar as futuras produções do Dr. Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto no tocante a esse tema.

Prof. Dr. Eduardo Rocha Dias

ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
ALR	<i>Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten</i> [Lei Nacional Geral do Estado Prussiano]
BAG	<i>Bundesarbeitsgericht</i> [Tribunal Federal do Trabalho alemão]
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> [Código Civil alemão]
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> [Tribunal Federal alemão]
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i> [Decisões do Tribunal Federal alemão em Matérias Cíveis]
BeckOGK	<i>Beck'scher Online-Grosskommentar</i> [Grande Comentário Online da Beck]
BeckOK	<i>Beck'scher Online-Kommentar</i> [Comentário Online da Beck]
BSG	<i>Bundessozialgericht</i> [Tribunal Federal Social alemão]
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> [Tribunal Federal Constitucional alemão]
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht</i> [Decisões do Tribunal Federal Constitucional alemão]
BVerwG	<i>Bundesverwaltungsgericht</i> [Tribunal Federal Administrativo alemão]
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
g.n.	grifo nosso
HKK-BGB	<i>Historisch-kritischer Kommentar zum BGB</i> [Comentário Histórico-Crítico ao Código Civil alemão]

mg.	marginal
MüKoBGB	<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i> [Comentário de Munique ao Código Civil alemão]
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
nr.	nota de rodapé
PWW	<i>Prütting/Wegen/Weinreich Kommentar [zum] BGB</i> [Comentário de Prütting/Wegen/Weinrich's ao Código Civil alemão]
RG	<i>Reichsgericht</i> [Tribunal Imperial alemão]
RGZ	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i> [Decisões do Tribunal Imperial alemão em matérias civis]
STF	Supremo Tribunal Federal do Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
UWG	<i>Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i> [Lei contra a Concorrência Desleal alemã]

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	23
1. ABUSO DE DIREITO	31
1.1 Os começos das histórias do abuso de direito	34
1.2 A noção geral de abuso de direito	39
1.2.1 Admissão do abuso de direito pela literatura como ilicitude atípica	43
1.2.1.1 Fase inconsciente	44
1.2.1.2 Fase construtiva de dogmatização incipiente	45
1.2.1.3 Fase construtiva de sistematização periférica	52
1.2.2 Delimitação do abuso de direito ante o abuso (desvio) de poder	53
1.2.3 Pressupostos da noção de abuso de direito	55
1.2.3.1 Permissão concedida por interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo	56
1.2.3.2 Proibição ‘descoberta’ pelo juiz, fora dos limites da interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo	61
1.3 A função da noção de abuso de direito	65
1.3.1 Abuso de direito como “conceito reunidor”	66
1.3.2 Imprescindibilidade prática de formulação dogmática de grupos de casos (abertos), para a aplicação racional da proibição de abuso de direito	70
1.3.3 Abuso de direito como “atalho” justificatório (que pode aumentar o caminho da justificação)	79
1.4 As duas tradições das doutrinas civilistas de abuso de direito	85
1.4.1 A tradição franco-belga de abus de droit	86
1.4.1.1 Abordagem da intencionalidade danosa	89
1.4.1.1.1 Os primórdios da tradição do <i>abus de droit</i>	89
1.4.1.1.2 Abordagem da causação de dano desnecessário	93

1.4.1.2	Abordagem do desvio das finalidades econômica e social dos direitos	94
1.4.1.2.1	Abordagem original de Louis Josserand	95
1.4.1.2.2	Abordagem da violação à moral dominante	103
1.4.1.2.3	Recepção na Alemanha da abordagem de desvio de finalidade, por Wolfgang Siebert (Rechtsmißbrauch), e sua evolução para a doutrina do abuso institucional (institutioneller Rechtsmißbrauch)	108
1.4.1.2.4	Abordagem da negação do fundamento axiológico ('axiologismo formal'): superação não substituinte	119
1.4.1.3	Abordagem da desproporção entre vantagens e prejuízos	122
1.4.2	A tradição alemã de unzulässige Rechtsausübung	128
1.4.2.1	Abordagem da proibição da chicana	132
1.4.2.2	Abordagem da violação à boa-fé objetiva	135
1.4.2.3	Abordagem da violação aos bons costumes	141
1.4.3	Excursus: abordagem germanófila definitiva da violação a princípio	151
1.5	Questões metódicas não resolvidas pelas doutrinas civilistas de abuso de direito	161
1.5.1	Importância do reconhecimento da função metaindividual dos direitos	161
1.5.2	Função metaindividual e função individual: exigência metódica de critérios de dimensionamento, em cada direito	170
1.5.3	Abrangência limitada da abordagem da boa-fé objetiva	180
1.6	Exigência de justificação racional da qualificação de abuso de direito como mecanismo de controle do arbítrio judicial	186
1.6.1	Insuficiência das teorias standard da argumentação jurídica para justificação racional da valoração de abuso	188
1.6.2	A utilização de grupos de casos dogmaticamente formulados para a justificação racional da valoração de abuso	197
2.	ABUSO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	209
2.1	A noção geral de abuso de direito fundamental	213
2.1.1	Admissão do abuso de direitos fundamentais pela literatura	213
2.1.1.1	Fase inconsciente	214
2.1.1.2	Fase construtiva de dogmatização incipiente	217
2.1.1.3	Fase construtiva de sistematização periférica	219

2.1.2	Delimitação do abuso de direitos fundamentais ante a Verwirkung de direitos fundamentais	220
2.1.3	Pressupostos da noção de abuso de direitos fundamentais	224
2.1.3.1	Permissão jusfundamental concedida por interpretação ‘em abstrato’ de texto da Constituição (ou de tratado com status constitucional) ou de decisão judicial que interpreta a Constituição	224
2.1.3.2	Proibição ‘descoberta’ pelo juiz, fora dos limites da interpretação ‘em abstrato’ de texto normativo	230
2.2	Das doutrinas civilistas do abuso de direito à teoria do abuso de direitos fundamentais	231
2.2.1	A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares (Drittwirkung) como ponte entre as doutrinas civilistas de abuso de direito e a teoria dos direitos fundamentais	232
2.2.2	Problemas de aproveitamento das abordagens das doutrinas civilistas de abuso de direito na teoria dos direitos fundamentais	242
2.2.2.1	O problema da controlabilidade das intervenções estatais nos direitos fundamentais	243
2.2.2.1.1	Criação do Direito fora dos limites do texto normativo	245
2.2.2.1.2	Falta de parâmetros de controle das abordagens definitórias	253
2.2.2.2	O problema do risco de eliminação da função individual do direito fundamental	261
2.2.2.3	O problema da confusão com a dogmática dos limites dos direitos fundamentais	265
2.2.2.3.1	Autonomia dogmática do abuso de direitos fundamentais ante as doutrinas dos limites dos direitos fundamentais	266
2.2.2.3.2	Relação do abuso de direitos fundamentais com as concepções dogmáticas sobre a extensão dos Tatbestände dos direitos fundamentais	271
2.3	Controle da racionalidade do discurso de abuso de direitos fundamentais como “atalho” justificatório	305
2.3.1	Desnecessidade de cláusula geral constitucional para coibição do abuso de direitos fundamentais	305

2.3.2	Exigência de uma dogmática singular dos direitos fundamentais	312
2.3.3	Identificação do abuso de direitos fundamentais como tarefa de sistematização periférica a partir de valorações concretas	316
2.4	Abordagens inaceitáveis do abuso de direitos fundamentais	334
2.4.1	Abuso de direito fundamental sem parâmetros	335
2.4.2	Abuso de direito fundamental como genérico exercício inadmissível do direito	338
2.4.3	Abuso de direito fundamental como sinônimo de extrapolação de limite	339
2.4.4	Abuso de direito fundamental como ilicitude atípica	340
2.4.5	Abuso de direito fundamental como fraude à lei	347
2.4.6	Abuso de direito fundamental como irrazoabilidade	350
2.4.7	Abuso de direito fundamental como resultado da ponderação alexyana	355
2.4.8	Abuso de direito fundamental como desproporcionalidade (abuso de direito fundamental como resultado de ponderação meios-fim)	366
2.5	Abordagens aceitáveis do abuso de direitos fundamentais	375
2.5.1	Intencionalidade danosa inadmissível	376
2.5.2	Dogmatização do âmbito normativo	383
2.5.2.1	Dogmatização direta	396
2.5.2.2	Dogmatização indireta	396
2.5.3	Violação da boa-fé objetiva	399
2.5.4	Violação dos bons costumes	401
2.6	Grupos de casos de abuso de direito fundamental como limite dos limites	402
CONCLUSÕES		411
REFERÊNCIAS		417
Referências bibliográficas		417
Referências legislativas		441
Referências jurisprudenciais		442

INTRODUÇÃO

Se alguém houvesse me dito há cinco anos que hoje eu estaria publicando um livro sobre as doutrinas do abuso de direito, eu certamente não teria acreditado. Até recentemente, esse me parecia um assunto esgotado e, como consequência lógica, nada desafiador. Afinal, desde 3 de agosto de 1915 (a data do caso Clement-Bayard,¹ onipresente nas aulas de direito civil das faculdades de Direito e considerado por alguns, erroneamente, como o ponto de partida das doutrinas de abuso de direito), mais de cem anos se passaram. O que poderia ainda não ter sido dito sobre o assunto?

Meu objetivo nunca foi estudar as doutrinas civilistas do abuso de direito em si, mas sim sua aplicação à dogmática dos direitos fundamentais (o abuso dos direitos fundamentais) — o que, desde o início, senti que não era uma novidade, mas uma adaptação.

¹ Um proprietário colocara, 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. Ao ser demandado, alegou que o *Code* dispunha que: “A propriedade é o direito de fruir e *dispor das coisas da maneira mais absoluta* [...]”. A *Cour de Cassation* julgou: “Abuso do direito, elevação de construções, intenção de causar dano” (Cass., 3 ago. 1915, Arrêt du 3 août 1915, *Dalloz. Jurisprudence générale: Recueil Périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit publique* 1re partie (1917): 79 (Fr.)).

Quando vi a primeira tese de Hans-Ulrich Gallwas, o pioneiro na discussão sobre o abuso dos direitos fundamentais, o alarme soou: “A doutrina civilista do abuso de direitos liga-se à formulação abstrata dos *Tatbestände*”.³⁻⁴

O primeiro obstáculo foi difícil de superar: os *Tatbestände*⁵ não eram mencionados na literatura civilista em língua portuguesa sobre o abuso de direito.

2 Por opção, o termo alemão *Tatbestände* (no singular: *Tatbestand*) não foi traduzido aqui. *Tatbestand* é o termo-chave para a dogmática civilista do abuso de direito. Pode-se dizer que o *Tatbestand* é aquilo a que a norma jurídica atribui consequências jurídicas (*Rechtsfolgen*) (Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 12. aktualisierte Aufl., herausgegeben und bearbeitet von Prof. Dr. Thomas Würtenberger und Dr. Dirk Otto (Stuttgart: Kohlhammer, 2018). O *Tatbestand* é formulado ‘em abstrato’, a partir do (mas não exclusivamente, como agora é de conhecimento comum) texto normativo. O abuso de direito é dogmaticamente localizado no momento em que o *Tatbestand* é formulado: um comportamento que, pela interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo, deveria ser incluído no *Tatbestand* permissivo é, em virtude da valoração do abuso de direito, excluído do *Tatbestand* (ilicitude atípica).

3 Hans-Ullrich Gallwas, *Der Mißbrauch von Grundrechten* (Berlin: Duncker & Humblot, 1967), 173.

4 Salvo indicação em contrário, todas as traduções para o português de textos em outros idiomas são de minha autoria; os originais são citados apenas quando há alguma nuance na tradução que eu gostaria de apresentar ao leitor, ou quando há termo ou expressão referenciais.

5 O leitor querera saber desde logo o que são *Tatbestände* (no singular: *Tatbestand*), termo alemão que se optou por não traduzir. Literalmente, é “a existência (do verbo *bestehen*) do facto (*Tat*), o facto existente” (Fernando José Bronze, *Metodologia do Direito* (Coimbra: Coimbra Jurídica, 2020), 319 [nr. 1194]). Para se ter noção da complexidade da específica tarefa de tradução, José Lamego verte *Tatbestand* para o português, na tradução de uma mesma obra, de ao menos cinco maneiras diferentes (“estatuição”, “situação de facto”, “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*” (Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. neubearb. Aufl. (Berlin, Heidelberg, New York: Springer, 1991), 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 [aquí a omissão] uma norma” (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. José Lamego, 3. ed. (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997), 188). Wilson Steinmetz considera expressões e termos sinónimos de *Tatbestand*: suporte fático, hipótese legal, hipótese fática e *fattispecie* (Wilson Antônio Steinmetz, *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais* (São Paulo, Malheiros, 2004), 160). Marcelo Neves traduz *Tatbestand* como “hipótese normativa do facto 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 (Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*, 3. ed. (São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019), 4-5). “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 (Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. (São Paulo: Malheiros, 2011), 307 ff.) — *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”) (Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2. ed. (São Paulo: Malheiros, 2014), 65

Essa poderia até ser uma diferença irrelevante, se fosse ignorado (o que não é de forma alguma aconselhável) que algumas das disposições legais mais relevantes sobre abuso de direito na Europa continental são o artigo 281 do Código Civil grego e o (substancialmente idêntico a esse último) artigo 334^o do Código Civil português, ambos reconhecidos como produto da doutrina germânica.⁶

A colocação do abuso como um problema estritamente relacionado à formulação dos *Tatbestände* com base na interpretação ‘em abstrato’ do texto normativo é uma marca registrada das doutrinas germanófonas sobre abuso de direito: Hans Kudlich 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’”,⁷ e Heinrich Henkel compreende o abuso como resultado da prevalência, em um caso individual, da tendência

ff.). Ingo Sarlet entende que ‘âmbito de proteção [Schutzbereich]’ e ‘suporte fático [Tatbestand]’ são sinônimos (Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 13. ed. rev. e atual. (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018), 405); Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins usam a expressão “tipo normativo” para traduzir *Tatbestand* (Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 5. ed. rev., atual. e ampl. (São Paulo: Atlas, 2014), 132), e Gilmar Mendes e Denny Santiago traduzem, no corpo das mesmas obras, *Tatbestand* como “pressuposto fático” e como “tipo” (Gilmar Ferreira Mendes, “Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões,” in *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, ed. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (Brasília: Brasília Jurídica, 2002), 211 e 227; Denny Mendes Santiago, *As Limitações aos Direitos Fundamentais: os Limites dos Limites como Instrumento de Proteção ao Núcleo Essencial desses Direitos* (Belo Horizonte: Arraes, 2014), 48). Deve-se ter, contudo, o cuidado de não se confundir o *Tatbestand* com o *Typus* — uma advertência que vale, de modo geral, para qualquer qualificação como *Typus* (Karl Engisch, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, trad. Juan José Gil Cremades (Granada: Comares, 2004), 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”) é utilizado com a mesma denotação de *Tatbestand*, para explicação do abuso (cf. p. ex. Nicolò Lipari, “On Abuse of Rights and Judicial Creativity,” *The Italian Law Journal* 3, no. 1 (2017): 68–9). Nesse contexto, José Canotilho define os direitos fundamentais como “normas com *fattispecie* aberta” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. (Coimbra: Almedina, 2003), 379), e Jorge Reis Novais intitula sua concepção de *Tatbestand* como “restritiva mitigada da *facti species*” (Jorge Reis Novais, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2. ed. (Coimbra: Coimbra, 2010), 42).

6 António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das Questões e Perspectivas,” *Revista da Ordem dos Advogados* 65, no. II (set. 2005). No mesmo sentido: Filippo Ranieri, “Die ‚bona fides‘ und die richterliche Kontrolle der Rechtsausübung,” in *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3., vollständig überarbeitete Aufl. (Wien: Springer, 2009), 1839.

7 Hans Kudlich, *Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot: Anwendbarkeit und Konsequenzen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots für die Ausübung strafprozessualer Verteidigungsbefugnisse* (Berlin: Duncker & Humblot, 1998), 62. A interpretação constitutiva desses *Tatbestände* revelaria “a decisão da legislatura, que existe pelo menos à primeira vista” (Kudlich, *Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot*, 103).

individualizadora sobre a generalizadora da justiça — entendida esta última como o “tratamento modelado de acordo com *Tatbestand* e consequências jurídicas”.⁸

Por isso, minha pesquisa, originalmente sobre o abuso de direitos fundamentais, sofreu um grande desvio: em vez de trabalhar com uma teoria pronta (que inexistia), foi necessário, como primeiro passo, (re)constituir uma teoria do abuso de direitos.

A noção de abuso de direito fundamental pode ser, sem muita dificuldade — muito embora enseje um debate próprio, dadas as peculiaridades dos direitos fundamentais —, considerada uma “transposição” da noção civilista de abuso à dogmática jusfundamental.⁹ Isso já estava claro nas duas primeiras teses de Hans-Ulrich Gallwas, o pioneiro na discussão sobre o abuso dos direitos fundamentais: a primeira, já citada acima, e a segunda: “A aplicação da doutrina do abuso de direito não falha nem pelo *status* dos direitos fundamentais, nem pela sua natureza, nem pelo sistema de reservas legais”.¹⁰

Não há dúvida de que as doutrinas de abuso de direito foram desenvolvidas em culturas jurídicas centradas no direito privado. Após as guerras mundiais, entretanto, primeiro na Alemanha e depois em todas as culturas inspiradas pelo positivismo jurídico de Kelsen,¹¹ as constituições assumiram definitivamente o papel de eixo axiológico do pensamento jurídico, substituindo os códigos civis nessa posição — daí a metafórica¹² “irradiação” constitucional¹³ em todas as áreas do Direito. Nota-se também um processo simultâneo de penetração, com vetor inverso: a noção de abuso de direito demonstra que as ideias desenvolvidas em

8 Heinrich Henkel, *Recht und Individualität* (Berlin: de Gruyter, 1958), 25–7. Para Henkel, 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” (Heinrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho: fundamentos del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig (Madrid: Taurus, 1968), 577).

9 Federico Losurdo, “The Prohibition of the Abuse of Rights in the Judicial Dialogue in Europe” (artigo, Summer School in European Public Law (Transnational Judicial Dialogue in Europe), set. 2009), 6.

10 Gallwas, *Mißbrauch von Grundrechten*, 173.

11 Otavio Luiz Rodrigues Jr., *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*, 2. ed., rev., atual. e ampl. (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019), § 31.

12 Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht: Eine Zwischenbilanz. Stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998* (Berlin: De Gruyter, 1999), 30.

13 Não total, sob pena de suprimir-se o “estatuto epistemológico” do direito civil.