

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. José Antônio Peres Gediél.

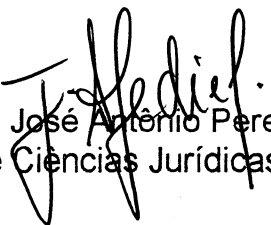
**CURITIBA
2000**

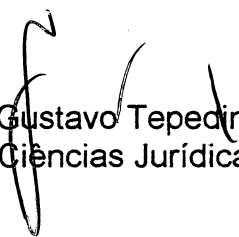
ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

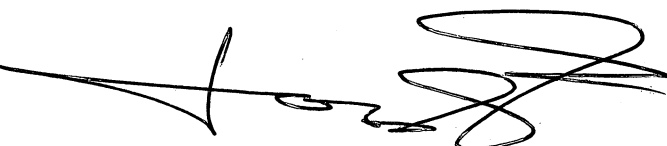
O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:


Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Dr. Gustavo Tepedino
Setor de Ciências Jurídicas, UERJ


Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 24 de novembro de 2000.

Aos meus pais, Sebastião e Olga, que se sentem felizes, por cada passo transcorrido na busca pela concretização dos meus sonhos.

Agradeço a Deus por renovar as minhas forças, a cada passo do caminhar deste trabalho.

À minha família pelo apoio e compreensão dispensados durante todo o tempo.

À dedicação, amizade e ensinamentos recebidos do orientador prof. José Antônio Peres Gediel, sem os quais este trabalho não seria possível.

E agradeço, de modo muito especial, para todos os amigos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a realização deste trabalho, alguns com sua solidariedade e incentivo, e outros com livros ou um simples texto para compor bibliografia.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS	vi
RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	01
 1 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PRIVADO E O ABUSO DO DIREITO	11
 2 AS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS DO ABUSO DO DIREITO	52
 3 A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À LIBERDADE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS.....	99
 4 A PRESENÇA DO ABUSO DO DIREITO E A LIBERDADE CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO	213
 5 AUTONOMIA PRIVADA E O ABUSO DO DIREITO: PERMANÊNCIA E SUPERAÇÃO DA LIBERDADE MODERNA	288
 CONCLUSÃO	317
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	323
ÍNDICE	338

LISTA DE ABREVIATURAS

CCB	- Código Civil brasileiro
BAG	- <i>Bundesarbeitsgericht</i> (Corte Federal do Trabalho)
BGB	- <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemão)
BGH	- <i>Bundesgerichtshof</i> (Corte Federal Alemã)
Code	- Código Civil francês
<i>Codice Civile</i>	- Código Civil italiano
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CF	- Constituição da República Federativa do Brasil
Direito	- Direito objetivo
direito	- Direito subjetivo
KG	- <i>Kammergericht</i> (Tribunal Regional Superior de Berlin)
LG	- <i>Landgericht</i> (Tribunal Regional)
LICC	- Lei de Introdução ao Código Civil
Projeto	- Projeto de Código Civil brasileiro
Rev. AJURIS	- Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul
RDC	- Rivista di Diritto Civile
RF	- Revista Forense
RG	- <i>Reichsgericht</i> (Tribunal do Império)
ROHG	- <i>Reichsoberhandelsgericht</i> (Tribunal Superior Imperial)
RT	- Revista dos Tribunais
RTJ	- Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJ	- Tribunal de Justiça
TA	- Tribunal de Alçada
VCFP	- <i>venire contra factum proprium</i>

RESUMO

A presente dissertação busca investigar o tema abuso do direito, partindo das transformações do Direito Privado, intensamente verificadas a partir do final do século XIX. Após construído no âmbito dos direitos subjetivos, ele se revelou como principal instrumento para funcionalização destes últimos, transpondo-se da propriedade para o contrato. A dificuldade em conceituar a nova figura, gerou uma diversidade de critérios encontrada na legislação, doutrina e jurisprudência, o que se revela nas teses que se debatem entre os juristas. Após reduzi-lo a um dos conceitos já existentes no sistema jurídico, o ato ilícito, buscaram delineá-lo em sua autonomia dogmática, mostrando-se esta, a tendência mais atual sobre o tema. É justamente por isso, que se escolheu o âmbito das relações contratuais para delineá-lo como tal, em face das inovações trazidas ao espaço de liberdade contratual pelo princípio da boa-fé objetiva, ensejando modalidades abusivas sob a figura do *venire contra factum proprium*, desenvolvidas pelos tribunais alemães. E de tal modo, a tornar possível apresentá-lo como o mais justo limite à autonomia privada. Trata-se então de indagar se, esta concepção de abuso do direito fundamentada na boa-fé, encontra recepção no Direito brasileiro. E a esta altura, ele não se revela apenas como uma nova figura conceitual, mas como um problema metodológico que, coloca em questão a responsabilidade social do jurista, a qual deve se orientar para os ditames de "repersonalização" do Direito Civil, que colocam a pessoa humana no centro das preocupações jurídicas.

ABSTRACT

*This dissertation aims to investigate the theme related to the abuse of right due to the transformations on Private Law, which were strongly verified since the end of the 19th century. After its construction in the ambit of subjective rights, it revealed itself as the main instrument for their functionality, passing from property to contract. The hindrance to conceive the new figure has engendered a diversity of criteria found in legislation, doctrine, and jurisprudence, which is showed in the theses discussed among jurists. After reducing it into one the figures already existent in the juridical system, namely the illicit act, they seek to delineate it in its dogmatic autonomy, this showing to be the most modern tendency on this theme. For this reason, the ambit of contractual relationships was chosen in order to outline it as such, in view of the innovations brought into the contractual freedom space by the principle of objective good faith, giving rise to abusive modalities under the *venire contra factum proprium* figure. This way, it's possible to present it as the most righteous limit for private autonomy. Therefore, the question is to inquire if this abuse of right notion, based upon good faith, finds any reception in Brazilian Civil Law. At this point, it not only shows itself as a new conceptual figure but also as a methodological problem that questions the jurist's social responsibility, which must be guided by the dictates of the Civil Law "re-personification", which place the human person in the center of juridical concerns.*

INTRODUÇÃO

Os sistemas codificados, delineados pela Modernidade,¹ revelaram um mundo jurídico "desprovido de paixão, como se o Direito não fosse feito de homens e para homens," por não encontrar no seu centro a "personagem humana."²

É justamente este o caráter que restou evidenciado quando a realidade trouxe às portas dos tribunais, os primeiros conflitos gerados pelo "egoísmo" dos direitos subjetivos. Para estes casos, delinearam-se as primeiras decisões sob a égide do abuso do direito,³ revelando paradoxos. As opiniões dos juristas dividiam-se entre aplausos de seus defensores, traduzido no entusiasmo de autores como JOSSERAND, ao proclamar a nova teoria como uma das principais peças dos

¹ "La modernidad en el plano de las ideas, de la cultura, se construye a través de dos grandes movimientos: uno inicial, lo que llamamos 'el Renacimiento', que se corresponde en el plano político, de una manera general, con la constitución de los grandes estados absolutistas (a lo que se aludido en el capítulo anterior), y un segundo movimiento posterior más avanzado, que establece la hegemonía cultural de la burguesía, al que llamamos 'la ilustración' - centrado en el siglo XVIII, conocido también como 'el Siglo de las Luces' -. A través de esos dos grandes movimientos históricos, una nueva clase social, la burguesía, 'entra en la historia'. Después la época moderna experimenta la crisis que conduce a la 'edad contemporánea', si se puede decir así. Pues a su vez 'entran en la historia' los trabajadores asalariados." (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997. p. 99)

Ocorre que, a razão apresenta-se como conceito básico para a modernidade (CAPELLA, *op. cit.*, p. 103), encontrando tradução no plano jurídico, através do jusracionalismo, que influenciou os Códigos e Constituições, e de tal modo, a tomar-se a codificação, "expressão do racionalismo no direito, e o sistema seu paradigma." (AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: **Revista O Direito**. Rio de Janeiro, a. 126, n. 1-2, 1994. p. 71).

² Trata-se da crítica esboçada por Orlando de CARVALHO ao sistema delineado pela Pandectística, ao dizer: "[...] o sistema das Pandectas opõe um estilo teórico, retraído, 'neutral', um estilo maunualístico e desprovido de paixão, como se o Direito não fosse de homens e para homens. No centro do Direito já não está a personagem humana, ainda que nos termos abstractos do jusracionalismo racionista; estão conceitos cada vez mais ténues ou fluidos, ou, como dizia Ihering antes de sua conversão, os 'corpos jurídicos' mais 'sublimados' ou mais 'simples'. No campo do direito civil um desses 'corpos' mais 'simples' foi o conceito de relação jurídica." (**Para uma teoria da relação jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1. p. 43-44).

³ A expressão, ora utilizada, "abuso do direito", faz-se em conformidade com PONTES DE MIRANDA, ao ressaltar: "A expressão 'abuso de direito' é incorreta. Existe 'estado de fato' e 'estado de direito'; porém não 'abuso de fato' ou 'abuso de direito'. Abusa-se de algum direito, do direito que se tem. O Código de Processo Civil fala de 'abuso de direito'; expressão que aparece em certos juristas detentos à terminologia científica e indiferentes à sua exatidão. 'Abuso do direito' é que é. Recebemo-la dos livros franceses e, lá, só se usa *abus du droit*." (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947. p. 521. v. 1 - nota final I).

sistemas jurídicos;⁴ e a crítica de seus opositores, taxando-a de uma "quimera absurda e perigosa", que deveria desaparecer do cenário jurídico.⁵

Hoje este quadro resta rompido, mas permanece um sentido paradoxal: trata-se de indagar o por que se recorrer, às portas do século XXI, a uma noção formulada em fins do século XIX e dotá-la de ampla aplicabilidade, nunca antes cogitada.

Nesta perspectiva, evidencia-se o fato que hoje, assim como ontem, os homens continuam "propensos às paixões"⁶ e de tal modo que, por vezes, utilizam-se de uma liberdade que lhes é conferida pelo ordenamento jurídico, ultrapassando limites que ainda não foram traçados expressamente por aquele, em ofensa aos interesses de outros sujeitos de direito. Assim, o próprio sistema jurídico parte em busca de limites aos poderes que concedeu aos sujeitos, surgindo, então, a figura do abuso do direito como instrumento que se opõe à liberdade, expressa através de uma categoria que a Modernidade erigiu como "átomo jurídico"⁷ do sistema privado: o direito subjetivo. É justamente em torno deste último, que toma lugar e desenvolve-se a construção teórica do abuso do direito.

Os códigos modernos delinearam um sistema de Direito Civil clássico, fundamentado na liberdade do indivíduo contra o Estado. Deste modo, o homem, revestido do *status* de sujeito de direito encontrou no direito subjetivo, não apenas o "expediente técnico", mas ideológico, destinado a precaver a ordem liberal contra investidas externas.⁸ Nesta perspectiva, o direito subjetivo revestia-se de um caráter "absoluto" ao encontrar-se entregue ao livre arbítrio de seu titular.

Este contorno individualista, afeito ao sistema econômico liberal, logo gerou

⁴ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits e leur relativité*. Paris: A. Rousseau, 1905. p. 1.

⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁶ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Moraes, 1989. p. 25.

⁷ Expressão utilizada por Octavian IONESCU, ao afirmar que assim como o átomo foi por muito tempo considerado a última partícula da matéria, o direito subjetivo apresenta-se como o componente mais precioso do direito objetivo, impossível de ser suprimido. (*La notion de droit subjectif dans le droit privé*. Bruxelles: Bruylant, 1978. p. 26)

⁸ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 669.

situações injustas, nas quais o "poder da vontade", atribuído a um titular, era exercido em detrimento de outro, ou então, como no caso célebre do proprietário que construía uma chaminé em seu imóvel, apenas para obstar a claridade do vizinho. Casos como este apresentaram-se aos tribunais, delineando a origem jurisprudencial do abuso do direito, não por acaso, na jurisprudência francesa. Trata-se de censurar a abusividade pelo estabelecimento de uma indenização, sem contudo "negar a validade jurídica geral dos direitos subjetivos com fundamento nos quais se diziam praticados os actos abusivos."⁹ Nesta perspectiva, resgatava-se um princípio que já lançara suas raízes entre os romanos, afeito aos sistemas de carácter individualista, e que ora revelava-se como o "instrumento flexível", capaz de abrandar o rigor dos textos legislativos aos casos concretos.¹⁰

Contudo, não se pode despir o valor da nova construção teórica, capaz de romper com o significado ideológico do direito subjetivo, ou seja, capaz de destituí-lo de um carácter "absoluto" e imprimindo-lhe um carácter "relativo", deixando de estar tão-somente à serviço dos interesses de seu titular, passando a servir os interesses da coletividade. Trata-se do processo de funcionalização dos direitos subjetivos, para o qual a nova teoria mostrou-se como seu principal representante.

Mas as resistências de um sistema individualista permearam o pensamento jurídico acerca do abuso do direito. O debate, hoje já encerrado, entre defensores de concepções subjetivistas e objetivistas colocava-se na ordem do dia, indagando onde poderia ser encontrado o critério apto a determinar o ato abusivo: se no elemento subjetivo, revelado pela intenção de prejudicar, e pela ausência de motivo legítimo, ou no elemento objetivo, traduzido pelo desvio de finalidade econômica ou social do direito. Com efeito, trata-se, hoje, de indagar o que há por trás das referidas concepções.

Em verdade, esta discussão acirrada guardava em suas entrelinhas uma questão metodológica: a necessidade de evidenciá-lo em sua autonomia dogmática.

⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto e questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967, v. 1. p. 513.

¹⁰ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria geral dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 118.

Contrária a este caráter, revelou-se a primeira atitude dos juristas em relação ao abuso do direito: a tentativa de reduzi-lo a uma das categorias conceituais já disponíveis no ordenamento jurídico, evidenciando-o à "falta de direito". Esta atitude foi encontrada em autores como Planiol, o qual expressamente negava a figura do ato abusivo por contrariar toda coerência lógica do conceitualismo positivista, afeito ao sistema liberal.

Em outra perspectiva, não muito diversa, procurou-se para o problema do abuso do direito, uma solução extrajurídica, remetendo-o para o plano da equidade ou moral.¹¹ Passa-se então, a admitir sua configuração dogmática, postulando-o como ofensa à moralidade no exercício do direito, como revelou a tese propugnada por autores como Ripert. Mais uma vez, preservava-se o caráter "absoluto" do direito subjetivo, às custas do sacrifício da autonomia dogmática da nova figura.¹²

A imposição de limites externos ao direito subjetivo conjugava-se, por vezes, com a intenção de prejudicar, revelando-se como ato ilícito. No entanto, jogar o ato abusivo para o plano da ilicitude também não era mais do que uma forma de negá-lo. A insuficiência deste tratamento não tardou a se revelar, pois deixava-se à margem, uma série de casos que o sistema não considerava como abusivos. E isto ocorre porque, na verdade, o contexto no qual nasce e desenvolve-se a teoria do abuso do direito não deixa de ser o mesmo para o qual foi erigido o direito subjetivo: o liberalismo capitalista.

Assim, a teoria do abuso do direito erigia-se na tentativa de manter incólume a força de um sistema que já se desagregava face às transformações sociais e econômicas de nosso século.

A superação desta concepção exigiu um esforço doutrinário dos teóricos do direito para chegar em sua concepção autônoma. Nesta perspectiva, o abuso do direito passa a ser gradativamente compreendido não como um limite externo que surge acidentalmente no exercício de um direito subjetivo, mas que lhe é imanente,

¹¹ CASTANHEIRA NEVES. **Questão** ..., p. 518.

¹² *Ibidem.*, p. 519.

em face de sua natureza ideológica.¹³

A teoria finalista de Josserand apresenta-se como um momento de transição para a consolidação daquela concepção, ao abrir as portas para a idéia de fins sociais dos quais não podem se desviar as prerrogativas jurídicas. Há nisto, a superação de um "absolutismo intransigente" para recepção do "relativismo" dos direitos subjetivos, o qual assume significado com as concepções objetivistas. Trata-se da autonomia dogmática do abuso do direito, delineada por concepções posteriormente denominadas de "axiologismo normativo", expressa por autores como Giorgianni, Castanheira Neves e CUNHA DE SÁ, para os quais o "fundamento axiológico do direito subjetivo constitui o preciso limite."¹⁴

Este desenvolvimento proporcionado à teoria do abuso do direito encontra em suas entrelinhas, uma inversão metodológica, na qual o pensamento jurídico despe-se do "formalismo" para se revestir de um "finalismo".¹⁵ Somente no momento em que a teoria do abuso do direito consegue ultrapassar os quadros do conceitualismo é que ela impõe-se como categoria dogmática autônoma. Este perfil, que se apresenta como pano de fundo para seu desenvolvimento, revela em última instância, que ele é um problema metodológico da própria juridicidade.¹⁶

Neste momento, impõe-se indagar, se seria este o critério apto e definitivo a revelar o abuso do direito em todas as esferas do direito privado.

A construção teórica do ato abusivo encontrou lugar, em um primeiro momento, no direito de propriedade, em face do papel central ocupado por este direito subjetivo nos sistemas jurídicos, para revelar-se, em um segundo momento, no contrato. Assim, assiste-se à transposição da nova figura, para as várias fases da contratação, traduzida na liberdade de contratar e na liberdade contratual.

É justamente neste momento que a teoria do abuso do direito pode encontrar óbices para a sua admissibilidade. Trata-se de indagar se a nova figura é

¹³ *Ibidem.*, p. 523.

¹⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Lisboa: Petrony, 1973. p. 456.

¹⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967. p. 9.

¹⁶ CASTANHEIRA NEVES. **Questão...**, p. 526.

exclusiva dos direitos subjetivos ou se poderia ser aplicada a outras prerrogativas individuais que não se encaixam neste conceito, embora também consubstanciem-se em uma expressão da liberdade. Nesta perspectiva, é necessário questionar se é possível o abuso na liberdade de contratar e na liberdade contratual.

A jurisprudência foi restrita ao admitir o abuso do direito somente nos direitos subjetivos provenientes da lei, mas nem sempre naquelas decorrentes do contrato. Os direitos que provêm da vontade e que fazem parte de um espaço de liberdade deixado aos sujeitos pela autonomia privada, são deixados à margem quando se trata de configurá-lo.

Neste aspecto, encontrar-se-ia a insuficiência das concepções delineadas em torno do abuso do direito, inclusive daqueles que condenam o ato abusivo enquanto contrário ao fundamento axiológico do direito subjetivo. Trata-se de crítica esboçada por MENEZES CORDEIRO, às chamadas teorias internas, circunscritas à racionalidade do "jussubjetivismo".¹⁷

Em contraposição, propõe a externalidade do critério do ato abusivo em relação ao próprio direito subjetivo. Trata-se de trazer à lume um vetor externo para controle do exercício de posições jurídicas: o princípio da boa-fé, o qual desempenha uma vocação específica para intervir nas relações entre dois ou mais sujeitos, impondo-se como *standard*, isto é, como modelo de comportamento.

Nesta perspectiva, há abuso do direito sempre que a conduta de um dos contraentes revele-se como contrária ao princípio da boa-fé, e de tal modo, a se indagar se seria este o fundamento que se poderia revelar como melhor critério para alcançar a justiça contratual e limitar prerrogativas que não se encaixam na estrutura de direito subjetivo delineada pelo ordenamento jurídico.

Interessa saber se os limites impostos aos direitos subjetivos para que seu exercício não seja considerado abusivo, valem para a autonomia privada, e se é a teoria do abuso do direito que chama para si tais limitações.¹⁸

No deslinde de semelhante tarefa, a jurisprudência alemã do pós-guerra,

¹⁷ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 870.

¹⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*. Rio de Janeiro, v. 1, 1982. p. 38.

utilizou-se de todo seu papel inovador, construindo modalidades abusivas típicas, sob forma de comportamentos contrários à boa-fé. Isto revelou uma nova fase para a teoria em questão, revestida de um caráter amplo e enriquecedor, resgatando velhos adágios sob as vestes do *venire contra factum proprium*. Mas, nas entrelinhas desta casuística, também indaga-se sobre a presença de um novo conceitualismo, apresentado pelas exigências que se fazem sentir por ocasião de tendências esboçadas por uma Jurisprudência dos Valores.

Nosso Direito não permaneceu alheio a toda essa realidade descrita, ao contrário, a tradição jurisprudencial francesa delineada sob um perfil exegético, encontrou plena acolhida entre nós, a ponto de evidenciar-se as concepções - subjetivista e finalista -, como predominantes em nossos tribunais. Resta apenas indagar, se a tradição germânica, que evidenciou uma abusividade enriquecida pelas vestes da boa-fé, também se faz presente em nossos tribunais.¹⁹

Para encontrar respostas a estas indagações cabe retratar a teoria do abuso do direito em nosso sistema jurídico, sob a égide de uma nova teoria contratual que se faz presente entre nós.

Com efeito, resta descaracterizado todo o paradoxo referido nas primeiras linhas desta introdução a respeito do tema, revelando-se o objetivo deste trabalho. Trata-se de delinear uma concepção dogmática autônoma de abuso do direito, centrando-a no lugar mais propício para demonstrá-la com as nuances de um caráter inovador: o contrato.

Em atenção a esta ordem de idéias, já é possível proceder a um esboço do plano de trabalho que se fará presente nas próximas páginas.

No primeiro capítulo deste trabalho, encontra-se a configuração do abuso do direito em meio às transformações do direito privado. Nesta perspectiva, a referida teoria mostra-se como um fator de transformação do "expediente técnico" conferido aos sujeitos de direito para atuarem no mundo jurídico, rompendo com seu significado ideológico: o direito subjetivo. Este despe-se de seu caráter "absoluto"

¹⁹ No presente trabalho, não serão tratadas as perspectivas do abuso do direito em face do direito comunitário e do sistema da *common law*, uma vez que estas requerem uma análise autônoma, o que não exclui a possibilidade de referências, especialmente a este último, para fins comparativos.

para se revestir de um caráter "relativo": deixa de ser concebido apenas como entregue ao livre arbítrio de seu titular, para ser colocado a serviço dos interesses da coletividade. Esta realidade manifesta-se em um primeiro momento na propriedade para depois ser transportada para o contrato e para as situações subjetivas extrapatrimoniais. No final deste capítulo encontrar-se-á a diversidade de critérios acolhidos pelas diversas codificações, chegando, por vezes, a se revelar sob a forma de um princípio geral.

Após empreendida esta tarefa, a investigação do abuso do direito não poderia deixar de passar por sua construção teórica, tema do segundo capítulo, onde se delineiam os diferentes critérios sobre os quais se pautam as construções dos juristas. Parte-se das teses que procuravam negá-lo até chegar aos seus defensores, encontrando-se aqui a oposição subjetivista e objetivista, a qual se perde na preocupação mais recente sobre a teoria: delineá-la sob uma concepção dogmática autônoma. Nas entrelinhas destas teses, chega-se ao final, a uma constatação: nelas encontram-se e revelam-se as diversas ideologias dos juristas.²⁰

Uma vez encerrada esta tarefa, a questão é transposta para outros planos, onde então, passa-se a delinear o abuso do direito nas relações contratuais. Assim, o terceiro capítulo não poderia deixar de iniciar com o deslinde da "teoria tradicional" em meio a qual se desenvolveu o contrato, até se chegar a uma "nova concepção", invadida pelo caráter de sua função social. Este caminho é intermediado por uma inversão metodológica proporcionada por escolas do pensamento jurídico, que opõem "formalismo" e "finalismo".²¹ Este perfil metodológico revela-se como o cenário onde as transformações se imprimem ao contrato, motivando toda a investigação que se procede em torno do abuso do direito.

Ainda no terceiro capítulo, assiste-se à transposição do tema para as várias fases da contratação, ensejando o abuso da liberdade de contratar e da liberdade contratual, onde passado e presente encontram-se na tarefa de delimitação desta

²⁰ RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 11.

²¹ WIEACKER. *História* ..., p. 9 - nota de rodapé n.º 19.

liberdade. A contraposição de soluções apresentadas pelos dois grandes sistemas que tomam conta do cenário codificado, a saber, o francês e o alemão, apontarão para novas perspectivas em torno do abuso do direito, delineadas pelo princípio da boa-fé.

No quarto capítulo, a análise do abuso do direito se faz presente na doutrina, legislação e jurisprudência pátrias. Para isto, parte-se do contexto codificado, indagando-se sobre sua admissibilidade, a qual ainda perpassa o direito projetado para encontrar lugar em um cenário constitucionalizado. Neste último, o ato abusivo encontra lugar sob a ótica das relações de consumo. No entanto, este trabalho não tem a pretensão de se deter a estas últimas, eis que semelhante tarefa exigiria um trabalho à parte. Limitou-se, portanto, a retirar delas, subsídios necessários para uma análise de caráter geral a respeito da figura do abuso do direito.

A jurisprudência encontra-se presente, através de uma série de casos, que possam servir como paradigma para antigas e novas soluções que se apresentam para o tema. Nesta perspectiva, a construção jurisprudencial em torno do abuso do direito em nossos tribunais, revela-se como um reflexo daquelas, delineadas pelos tribunais franceses, entre subjetivistas e finalistas. É, no entanto, por uma recepção por vezes implícita e diferenciada da casuística das cortes germânicas que o abuso do direito é visualizado em sua última orientação objetivista. Trata-se de recolher critérios que demonstrem-no entre nós, enquanto contrariedade ao princípio da boa-fé.

Já no quinto capítulo, cumpre indagar se após empreendida esta tarefa, o abuso do direito presta-se como o mais justo limite à autonomia privada, a qual encontra-se na base das formas de liberdade garantidas ao sujeito. No desempenho de semelhante papel, a boa-fé encontra-se presente, revelando as variadas faces de sua atuação no Direito. No entanto, é da responsabilidade social do jurista que cumpre indagar a esta altura, e que na verdade se encontra presente nas entrelinhas das próximas páginas, sobre as quais deita-se agora a investigação em torno do abuso do direito. Investigação esta que, ao contrário do passado, possa

encontrar a pessoa no centro do cenário jurídico, possibilitando um "Direito provido de paixão, feito de homens e para homens."²²

²² Utilizamos de modo inverso as afirmações de Orlando de CARVALHO (**Para uma ...**, p. 43).

1 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PRIVADO E O ABUSO DO DIREITO

1.1 O ABUSO DO DIREITO E AS TRANSFORMAÇÕES CONCEITUAIS DO DIREITO SUBJETIVO

Nas sociedades modernas, o princípio da liberdade revela-se como a imagem do Direito Privado.¹ Tida como fundamento das codificações que se delineiam durante o século XIX, a liberdade encontrou-se consagrada no topo dos ordenamentos jurídicos. Em um momento, ela revela-se como espelho que reflete a separação entre Estado e a sociedade, hipoteticamente construída após a superação de um estado de natureza; em outro, apresenta-se para um indivíduo ainda atrelado às amarras do medievo, como a fonte e fundamento de todos os seus direitos. Com vistas a concretizá-la, encontramos no mundo jurídico os instrumentos aptos a expressar esta liberdade autônoma: o sujeito de direito e o direito subjetivo.

Encontramos no sujeito de direito, o homem revestido da condição de "pessoa"² para prática dos mais diversos atos da vida civil. Para adentrar neste mundo jurídico, o homem veste a máscara de *persona*, tornando-se sujeito de direitos e obrigações.³ Ao contrário do que se poderia pensar, o sentido desta máscara não se perdeu no passado. Se na Antiguidade os atores de teatro vestiam-na para aumentar sua voz, hoje, o homem contemporâneo continua a utilizá-la para

¹ "A liberdade natural é a idéia-força do pensamento político moderno, consistindo em atributo imanente a todo homem, que o move na busca de um modo de organização de vida em sociedade capaz de lhe assegurar a paz e a felicidade. Ao se reconhecer a dimensão individual e a moralidade da felicidade humana admitia-se a possibilidade de oposição do sujeito a qualquer ordem religiosa, política e jurídica preestabelecida que a impedisse. A liberdade, sob essa ótica, era uma faculdade natural, decorrente da capacidade singular de todos os seres humanos de julgar e decidir a respeito de seus interesses individuais, sem qualquer condicionamento religioso ou social" (GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 13).

² Aduz PONTES DE MIRANDA, que: "Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico e está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito". E continua "Certamente, o ser sujeito do direito a, em concreto, portanto, é diferente de ser pessoa, que é um plano acima, abstrato." (**Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, v. 1. p. 161)

³ Em conformidade com o artigo 2º do CCB: "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil".

atuar no cenário jurídico.⁴ É assim que o encontramos revestido do *status* de sujeito de direito, que o capacita para participar das mais diversas relações jurídicas. No "teatro da vida jurídica", delineado pelo Código Civil, ele atua como a personagem de inúmeros papéis: o de contratante, o de proprietário, o de *pater* e de testador e tantos outros. Cada uma dessas relações jurídicas estão bem definidas nas codificações modernas, perfazendo vida e morte de um sujeito de direito, o que se expressa na mais completa "biografia do homem".⁵

No entanto, não basta simplesmente vestir a máscara de *persona*, é preciso atuar. E para isso, um instrumento técnico e ideológico foi criado: o direito subjetivo, ou seja, "poder jurídico" do qual o sujeito de direito aparece como titular, estabelecendo vínculos jurídicos com outros indivíduos. Este direito, revela-se, em um primeiro momento, como um instrumento técnico porque é através dele que o homem pode participar das mais variadas relações jurídicas delineadas pelas codificações e, em outro, como um instrumento ideológico, porque mantém viva a idéia de liberdade de cada um dentro da sociedade, o que implica em vantagens econômicas.⁶

Desta noção de direito subjetivo, resulta que todo indivíduo tem uma esfera de liberdade. No entanto, o homem não vive isolado, ao contrário do que pretendeu fazer pensar o individualismo, tomando-o como autônomo e destacado da sociedade. Em verdade, vive-se em uma coletividade, o que impõe a necessidade de estabelecer limites à esfera de atuação de cada indivíduo, e isto ocorre até mesmo para permitir que cada um possa desfrutar de sua liberdade. Portanto,

⁴ Em face desta analogia, " 'persona' representa a capacidade que o homem tem de agir no mundo jurídico" (MEIRELLES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o direito civil: para uma crítica histórica do "paradigma civilístico"**. Coimbra: Almedina, 1990. p. 116).

⁵ "O direito da Revolução Francesa afeiçoou ao seu individualismo o sistema das Institutas - *personae, res e actiones* - e construiu o seu *Code Civil* na tal feição antropocêntrica, naquele jeito de biografia humana, que foi depois tradicional neste domínio: do homem e dos seus direitos partia-se para o modo de realização dos direitos" (CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da relação jurídica**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, v. 1. p. 32).

⁶ "No essencial, contudo, algo se mantém: formalmente, os direitos subjectivos da actualidade são posições de liberdade concedidas ou, melhor, reconhecidas às pessoas, materialmente, implicam, para os beneficiários, vantagens económicas e outras. O direito subjectivo está, assim vivo, no seu nível significativo ideológico" (MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 669).

embora pareça um tanto contraditório, a liberdade pressupõe limites. E cabe ao legislador estabelecê-los, em um primeiro momento. No entanto, não se pode querer prever em normas todas as situações que podem se apresentar. É neste momento que surgem limites não expressos no Direito, mas presentes pelo seu sentido de justiça. Assim, a teoria do abuso do direito surge com a finalidade de estabelecer o justo limite à esfera de liberdade de cada indivíduo, representada pelo direito subjetivo.

Por estar no topo da pirâmide puchtiana, cujo vértice está calcado na idéia de liberdade autônoma, é que o direito subjetivo pode ser considerado como o "átomo jurídico"⁷ de todo o sistema privado. Desta denominação, duas conseqüências podem ser vislumbradas:

- a) o direito subjetivo não seria passível de ser suprimido, não obstante as inúmeras teses que procuraram negá-lo;⁸
- b) assim como o "átomo", que até bem pouco tempo era considerado a última partícula da matéria, seria o direito subjetivo o componente mais precioso do Direito objetivo.⁹

A primeira conseqüência conduz à afirmação da subsistência do direito subjetivo enquanto base do edifício conceitual que sustenta o direito privado. E tal afirmação faz-se mesmo em face das inúmeras teses que procuraram negá-lo:

⁷ O conceito de pessoa é lógico e historicamente anterior ao de direito subjetivo. Eis porque afirma Octavian IONESCU, que a existência do direito subjetivo, depende de um sujeito de direito e da vontade por ele manifestada (*La notion de droit subjectif dans le droit privé*. Bruxelles: Bruylant, 1978. p. 18).

⁸ Dentre as teses que procuraram negar a existência do direito subjetivo, encontramos as de Duguit e de Kelsen, a serem examinadas no capítulo 2 deste trabalho, quando do exame da construção teórica do abuso do direito. Tratam-se de teses positivistas, não obstante, o primeiro, calcado na idéia de um positivismo sociológico, enquanto o segundo, na idéia de um positivismo normativista, que combatem o direito subjetivo, por entendê-lo como uma noção metafísica ou por contrariar a pureza da norma jurídica (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: Introdução. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 183).

⁹ A denominação de "átomo jurídico" formulada por Octavian IONESCU (*op. cit.*, p. 26), é reconhecida pelo próprio autor, como não sendo, talvez, a mais adequada, em da face descoberta de partículas menores que o átomo. No entanto, permanecendo fiel à idéia do autor, podemos dizer que tal denominação pode ser utilizada, não apenas para evidenciar o direito subjetivo como um componente do direito objetivo, e portanto, sobreposto a este, mas que expressa o próprio poder conferido à vontade de seu titular, como predominou durante o advento do Estado liberal, deixando à margem, qualquer limitação imposta ao seu uso abusivo.

seja por se tratar de uma noção metafísica, como para Duguit, que prefere substituí-lo pela noção de situação jurídica; seja criticando-o pela falta de pureza e influências de valores que não fariam parte da ciência jurídica, como constata Kelsen.

A segunda consequência, que afirma a idéia de "átomo jurídico" faz pensar que, assim como este até bem pouco tempo era a última partícula da matéria, o direito subjetivo seria o último componente do direito objetivo. Trata-se das relações entre direito subjetivo e direito objetivo, em que encontramos a tese da supremacia do primeiro sobre o segundo e vice-versa.

Esta primazia pode ser verificada nas teorias que eternamente debatem-se, a fim de melhor expressar a idéia de direito subjetivo. Assim encontramos as teses de Windscheid e Ihering, que muito além de espelhar esta contraposição, refletem a necessidade de imposição de limites à liberdade manifesta pelo direito subjetivo.

Embora fundamentados em um mesmo "positivismo jurídico - científico",¹⁰ tanto Windscheid como Ihering revelam opções metodológicas diversas quanto ao Direito. O primeiro filia-se a uma Jurisprudência dos Conceitos que concebe o sistema jurídico como um todo fechado, no qual a atividade do legislador limita-se à mera subsunção.¹¹ O segundo é filiado a uma Jurisprudência dos Interesses, a qual abre-se para juízos de avaliação dos interesses envolvidos e em conformidade com os critérios de valoração da lei:¹² os primeiros sinais para uma concepção do Direito como sistema aberto.

Windscheid assenta sua concepção de direito subjetivo, na idéia de "poder da vontade", que seria, a princípio, sua fonte, dispensando qualquer intervenção do

¹⁰ A este respeito, Franz WIEACKER (*História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 517).

¹¹ Para WINDSCHEID, o direito é algo histórico e racional. Em sua vertente conceitualista, encontramos a pirâmide puchiana, para quem o Direito é um todo lógico, do qual se deduzem conceitos uns dos outros, que remontam a um conceito maior, que se encontra no vértice do sistema. Nele está a noção de liberdade kantiana, da qual se deduzem os conceitos de sujeito de direito e direito subjetivo. Se há em PUCHTA, autor desta concepção, uma derivação ética para esta prerrogativa individual, há em WINDSCHEID, uma derivação psicológica, que o faz conceituá-lo como "poder da vontade" (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1969. p. 69).

¹² *Ibidem.*, loc. cit.

Estado, cuja consequência direta e imediata é a afirmação do princípio da autonomia da vontade.¹³ Todo indivíduo dispõe de uma esfera de liberdade, na qual é autônomo para manifestar sua vontade e estabelecer vínculos jurídicos com outros. Portanto, aqui ele não é compreendido como inserido, mas isolado da sociedade. A consagração desta liberdade humana elevada à condição de dogma pelos sistemas codificados do século XIX, e herdado pelo nosso, foi resultado de uma ruptura que se processou da Antiguidade para a Modernidade.

Entre os antigos, os conceitos de sujeito de direito e direito subjetivo não eram conhecidos, pois resultam de uma elaboração posterior, que teve início na Idade Média e consolidou-se com a Pandectística no século XIX.¹⁴ No entanto, aquele que se revestia do *status* de cidadão, seja na *civitas* romana ou na *pólis* grega, era o homem livre que somente desempenhava esta liberdade no espaço público. Eis que a idéia de totalidade encontrada neste espaço, era anterior ao próprio indivíduo.

Com a Modernidade, contudo, opera-se uma inversão dessa idéia. A personalidade já não é mais mero *status*, mas um conceito jurídico que se desenvolve e afirma-se dentro de um espaço privado, no qual está presente o direito subjetivo. Desta inversão, a sociedade é uma somatória de vontades individuais: sujeitos livres e iguais, que antes viviam em um estado de natureza, resolvem pactuar a existência da sociedade e do próprio Estado, como expõem as teorias contratualistas. Isto revela que o indivíduo antecede o próprio Estado e, conseqüentemente, o direito subjetivo tem supremacia em relação ao direito objetivo. Justifica-se então, a ausência deste Estado, que só deve intervir quando absolutamente necessário, a fim de que o indivíduo possa exercer o poder concedido pelo direito subjetivo como melhor lhe aprouver. Seu exercício é considerado como "absoluto",¹⁵ não se lhe conhecem limites, o que possibilitou ter

¹³ IONESCU, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: *Revista O Direito*. Rio de Janeiro, a. 126, nº 1-2, 1994. p. 179.

¹⁵ A denominação "absolutos" se faz em contraposição a "relativos", que se reportam à teoria de Domongue, para quem existiriam direitos subjetivos ilimitados e limitados respectivamente.

sido constantemente invocado para justificar as lutas políticas dos séculos XIX e XX.¹⁶

Hoje, o direito subjetivo ainda expressa e mantém viva a idéia de liberdade no Direito Privado,¹⁷ revelando-se não como um instrumento técnico, mas muito mais como um instrumento a "nível significativo-ideológico" que se destina a precaver a ordem liberal contra as investidas exteriores.¹⁸ Esta base ideológica é proporcionada pelo individualismo, advindo do racionalismo kantiano, com vistas a garantir a ordem política e econômica que se desenvolve a partir da Idade Moderna. O direito subjetivo assegura a realização do individualismo na esfera jurídica, do liberalismo na esfera política e do capitalismo na esfera econômica.¹⁹

Nesta perspectiva, revela-se em um primeiro momento, a repulsa desse sistema individualista à qualquer idéia de condenação do abuso do direito, pois os direitos subjetivos devem ser exercidos como melhor aprouver ao seu titular. Em um segundo momento, passa a se admitir limites às prerrogativas individuais, delineados pela nova teoria, mas dentro de princípios individualistas: "a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro". Portanto, os limites do direito subjetivo fixam-se nos limites ao direito de outrem.

Poucas não foram as críticas lançadas ao conceito de direito subjetivo proposto por Windscheid. Ao defini-lo como "poder da vontade", priva-se todos aqueles que não podem manifestá-la juridicamente, como, por exemplo, os absolutamente incapazes.²⁰ Além disso, há direitos cujo exercício é obrigatório, que não dependem da vontade de seu titular, como seriam muitos dos direitos de família

¹⁶ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Moraes, 1989. p. 150. A este respeito, ainda aduz Celso LAFER, que o "direito subjetivo é uma figura jurídica afim com a dos direitos do homem e da personalidade, todos representativos, no seu desenvolvimento teórico, do individualismo" (**A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo como pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo : Companhia das Letras, 1988. p. 121).

¹⁷ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 669.

¹⁸ *Ibidem*, p. 669.

¹⁹ AMARAL., **Direito civil...**, p. 179.

²⁰ *Ibidem*, p. 184. No entanto, esta crítica pode ser rebatida com a observação de Karl LARENZ, para quem Windscheid entendia que mesmo o incapaz pode ser titular de um direito subjetivo, já que a ordem jurídica "como esta fosse uma real vontade psicológica" (**Metodologia...**, p. 33).

e o próprio direito de propriedade vinculado à sua função social.²¹ No entanto, advir-se que a concepção desses direitos era praticamente impensável, dentro do sistema que definiu o direito subjetivo como "poder da vontade".

Pondera Jacques GHESTIN que a teoria de Windscheid não implica que a vontade do sujeito seja soberana e suficiente por si mesma. Ter um direito implica na possibilidade de escolha dada pela autonomia da vontade, segundo os limites fixados pelas mesmas regras jurídicas. Não se confunde o direito com seu exercício.²²

Não obstante as críticas e ponderações, não se pode negar que a teoria de Windscheid é própria de um liberalismo clássico.²³ Por isso, multiplicaram-se as reações à sua concepção individualista, dentre elas, a teoria do interesse de Ihering.²⁴ Nesta, substitui-se o papel preponderante atribuído à vontade pelo interesse, na estrutura do direito subjetivo. Este passa a constituir-se de um elemento substancial, que é definido como o interesse que a lei julga digno de proteção e um elemento formal, que é a proteção do direito consubstanciado pela ação na justiça. O direito objetivo intervém ao conferir uma ação, a fim de realizar o interesse, donde resulta sua definição esboçada como "interesse juridicamente protegido".²⁵

Uma das conseqüências da teoria de Ihering é que o papel do Estado assume novas dimensões. Se a teoria da vontade atribuía-lhe um papel reduzido, pois ele somente atua a fim de completar a vontade individual, para a teoria de

²¹ AMARAL., **Direito civil** ..., p. 184.

²² **Traité de droit civil**: introduction général. 4. ed. Paris : LGDJ, 1980. p. 140.

²³ AMARAL, **Racionalidade** ..., p. 183.

²⁴ Na fase tardia de seu pensamento, encontramos uma "auto-destruição massiva da Jurisprudência dos conceitos", a qual ocorre em sentido oposto ao idealismo kantiano. Da crise e conseqüente renovação de suas convicções, encontramos Ihering filiado à Jurisprudência dos Interesses, sendo apontado pelo mérito de ter sido um dos primeiros juristas a descobrir a dimensão social do Direito Privado (WIEACKER, Franz. **História**..., p. 508-517).

²⁵ Trata-se, segundo Willys Santiago GUERRA FILHO, de uma concepção que atua na recuperação da teoria aristotélica da finalidade que revela a satisfação dos interesses com relevância individual e social (Direitos subjetivos, direitos humanos, e jurisprudência dos interesses : relacionados com o pensamento tardio de Rudolph Von Ihering. **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, nº 183, ano 47, jan./jun. 1994. p. 150).

Ihering, o Estado tem seu papel redimensionado, pois decide quais os interesses dignos de proteção e a serem transformados em direitos subjetivos.²⁶

A segunda consequência é a atribuição de um caráter social aos direitos privados. Há necessidade de se impor limites à liberdade do indivíduo no interesse da sociedade, o que posiciona Ihering a favor de um socialismo.²⁷ É deste reconhecimento de limites impostos pela teoria do interesse aos direitos subjetivos, que vem à tona a noção de valor, revelada pela função social, sendo que a penetração desta idéia no direito subjetivo é um dos traços mais marcantes de sua transformação conceitual.²⁸

No entanto, a teoria de Ihering não deixou de receber críticas. Encontramos afirmações esboçadas por Manuel Domingues de ANDRADE, para quem o interesse não compõe a estrutura do direito subjetivo, antes, está fora dele, pois não há qualquer coincidência entre direito subjetivo e interesse juridicamente protegido.²⁹

Na mesma ordem de idéias, encontramos Carlos Alberto da MOTA PINTO, que define o direito subjetivo tomando apenas seu elemento estrutural, ou seja, enquanto "poder jurídico", sem considerar seu aspecto funcional, o qual identifica-se com o interesse visado por esta prerrogativa individual.³⁰ Além disso, alega-se que mesmo nos chamados "direitos-deveres", seu exercício não é feito no interesse do titular, mas de outrem, o que significa dizer que o domínio do direito subjetivo não está circunscrito ao interesse. Mas se há desconformidade entre o exercício do direito e o interesse, então, ocorre abuso do direito.³¹ Este ganha novos parâmetros

²⁶ IONESCU, *op cit.*, p. 121.

²⁷ GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 151.

²⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 127.

²⁹ "O interesse constitui o substrato do direito subjetivo. É-lhe subjacente; está antes dele. Ou então - se assim se prefere - está para além dele. Em todo caso, está fora dele. Não diz respeito à sua estrutura, mas só à sua função. Não tem que entrar, portanto, na definição do respectivo conceito" (**Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1983. V.1: sujeitos e objeto. p. 8).

³⁰ **Teria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra : Coimbra, 1994. p. 170.

³¹ HÖSTER, Henrich Eward. **A parte geral do código civil português**. Coimbra : Almedina, 1992. p. 228.

diante da própria transformação da concepção de direito subjetivo, encontrando-se novos critérios que ampliam sua determinação.³²

Face às inúmeras críticas idealizadas, tanto à teoria de Windescheid como à de Ihering, uma parte da doutrina optou por uma composição eclética.³³ As críticas desses autores, fazem-se no sentido de que ambas as teorias revelam-se como verdades parciais, por isso os elementos da vontade e interesse deveriam ser combinados na estrutura do direito subjetivo. Enquanto na concepção segundo a qual esta prerrogativa individual é composta tão somente pelo interesse, o sujeito é visto como seu destinatário ou mero centro de interesses, o que seria insuficiente. Do mesmo modo, não bastaria ser composto apenas pela vontade, pois o sujeito tornar-se-ia o criador do direito objetivo. Transpondo esta crítica para outros parâmetros, encontramos a contraposição entre uma concepção positivista segundo a qual o direito subjetivo é criação do direito objetivo, e uma concepção jusnaturalista, pela qual aquele preexiste a este.³⁴

Nesse processo de transposição da prevalência entre direito subjetivo e objetivo, e da inversão deste sobre aquele, proporcionado pela teoria do interesse, os limites à liberdade expressa pelas prerrogativas individuais acentuam-se; inúmeras foram as transformações da sociedade, de ordem política e até mesmo econômica que atingiram o cerne do direito subjetivo, apresentando-se sob a forma de "crise".³⁵

³² As teorias finalistas como a de JOSSEAND, advém deste novo perfil, traçado para o direito subjetivo, a serem analisadas no próximo capítulo.

³³ Assim, passamos a encontrar na doutrina, definições como a de JELINEK: "interesse protegido mediante o reconhecimento do poder da vontade individual"; a de SALEILLES: "poder posto a serviço de interesse de caráter social e exercido por uma vontade autônoma"; (*apud* GOMES, **Introdução**..., p. 108).

³⁴ A dicotomia direito objetivo e subjetivo que requer a prevalência de um sobre o outro, tem em verdade, um caráter ideológico, e tanto que Michel MIAILLE (*Op. cit.*, p. 151), não hesitou em afirmar que, é a "manifestação da técnica jurídica do sistema capitalista moderno que tem por fim permitir um certo tipo de troca".

³⁵ "Não é de hoje que os juristas falam da crise do Direito e a fazem derivar de uma crise da sociedade de sua época. Mas, para eles, as várias análises dessas crises e das relações entre elas se reduzem, na maior parte das vezes, à constatação de uma 'perda de valores' que tradicionalmente sustentavam o edifício jurídico, e à observação da invasão do direito pelos fatos. Eles dão habitualmente a isso o nome de 'mutação da sociedade', fórmula que, por sua própria trivialidade, compromete muito pouco quem a utiliza". (ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela**

Para salvar sua noção, compreendida como "poder da vontade", expressa de modo arbitrário e absoluto, estruturaram-se limites. As primeiras limitações empreendidas pela lei nasciam com os direitos subjetivos e tinham por meta, estabelecer a coexistência entre prerrogativas individuais. A atuação do Estado, permanecia negativa, pois em nenhum momento se impõe deveres aos titulares dos direitos, já que visavam garantir apenas interesses individuais. O direito subjetivo ganhara limites externos, sem ser modificado em sua essência. E as primeiras manifestações da teoria do abuso do direito manifestam-se exatamente no teor destas limitações.

Com a mudança no cenário econômico, que também reflete-se no aspecto político, o Estado assume novos parâmetros. A ordem liberal sucumbe diante de um modelo intervencionista, provocando uma reviravolta de conceitos na qual o direito objetivo sobrepõe-se ao subjetivo. Assim, ele passa a conter um elemento funcional, que é o valor ou o interesse, e um elemento estrutural que é o poder jurídico. Seu reconhecimento revela novos limites para o direito subjetivo, os quais buscam atingir seu aspecto interno, o que se reflete no princípio da função social e no da boa-fé, que vão delinear um novo caráter para a teoria do abuso do direito.³⁶ Desse modo, a superação do antigo conceito de direito subjetivo torna-se evidente.³⁷

Hoje, em lugar do direito subjetivo encontramos as chamadas "situações jurídicas subjetivas". Cumpre indagar se seria este o sinal de que o direitos subjetivos sucumbiram à tão fadada "crise". Há quem entenda ser necessário banir do vocabulário jurídico a expressão "direito subjetivo", pois não devem ser mais do que relações jurídicas objetivas, já que não implicam apenas em vantagens, mas

filosofia. Porto Alegre : S. Fabris, 1991. p. 171).

³⁶ SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires : Astrea, 1992. p. 70.

³⁷ "A reviravolta da noção de direito subjetivo, de senhoria (poder) da vontade a interesse juridicamente protegido e, finalmente, às formulações dogmáticas nas quais resulta intuitiva a sua absorção pelo direito objetivo". (TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil* (Imobiliário, Agrário e Empresarial). São Paulo, n. 65, jul./set. 1993. p. 33)

também em deveres.³⁸ Outros, repelem sua denominação tradicional, em troca de "situações jurídicas subjetivas", por trazer nestas, o interesse em seu núcleo vital.³⁹

Firma-se a idéia que não há direitos "absolutos" e ilimitados, como pretensamente o individualismo colocou, ao tomar o homem como ser isolado, como se não estivesse inserido na sociedade.⁴⁰ As "situações jurídicas subjetivas", constituem-se em um complexo de direitos, prerrogativas e deveres, que são conferidos e impostos ao sujeito de direito em função de um critério axiológico,⁴¹ no qual não se tutela apenas o interesse do titular, mas de toda uma coletividade, expressando-se como a melhor manifestação do solidarismo ou socialismo. Enquanto o direito subjetivo "nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a noção de situação subjetiva complexa, configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional."⁴²

Diante do exposto, indaga-se a importância do abuso do direito para essa concepção valorativa de situações subjetivas. Se antes a teoria do abuso do direito era o meio através do qual reprimia-se apenas a ilegalidade do direito subjetivo e em poucos casos, agora, ela é "um dos instrumentos fundamentais através dos quais se opera a intervenção corretiva do elemento axiológico normativo no conteúdo do direito subjetivo."⁴³

³⁸ GHESTIN. *Traité de droit civil* : introduction ..., p. 127.

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 106.

⁴⁰ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 17.

⁴¹ A noção de situação subjetiva evidencia mudanças na própria relação jurídica. A obrigação passa a ser vista como um processo; o direito real deixa de ser o poder imediato da pessoa sobre a coisa, para impor deveres ao seu titular; as relações de família deixam de estar a mercê de um titular para serem exercidas em benefício do outro.

⁴² PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 121.

⁴³ ANTUNES VARELA, João de Matos. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*. Rio de Janeiro, v. 1, 1982. p. 57.

1.2. A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NAS SITUAÇÕES SUBJETIVAS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS

A figura do abuso do direito é uma das manifestações mais eloqüentes da "crise jurídica", afirma Carlos Fernández SESSAREGO.⁴⁴ No entanto, indaga-se até onde é possível sustentar referida afirmação.

Os direitos subjetivos foram esboçados pela Modernidade sob as bases do individualismo. Por esta razão, foram recepcionados como "absolutos" e assim, seus limites seriam "vagos" e "ilusórios". Tal concepção conjugava-se com a de um homem portando as vestes de sujeito de direito, compreendido antes como um ser isolado do que inserido em uma sociedade, ao lado de outros homens. A tais aspectos, some-se uma acurada divisão entre Direito Público e Privado, que não tem outro fim senão outorgar ao indivíduo uma tutela patrimonial livre de intervenções do Estado. Esse sistema, tão propício aos interesses econômicos e políticos de um novo segmento social em ascensão, a burguesia, pretendia-se incólume face às transformações ocorridas na sociedade.

No entanto, tal pretensão não durou muito tempo. Todo esse sistema veio a ser contestado, pois o "direito petrificado nos rígidos esquemas legislativos, era antes um produto da razão do que uma regra social".⁴⁵ A tutela dispensada pelos códigos delineou uma civilística claramente patrimonialista. Calçados em uma igualdade formal, protegia-se o patrimônio mas deixava-se de lado o homem concreto.

Percebeu-se que o sujeito de direito não se constituía como um fim em si mesmo, mas vivia em uma sociedade, integrando-se com uma infinidade de outras pessoas. E ao exercer seus direitos subjetivos, especialmente aqueles possibilitados por uma tutela patrimonial, poderia prejudicar outros sujeitos e até mesmo, a própria coletividade.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 16.

⁴⁵ MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 3.

Neste momento, desmente-se a distinção antes esboçada e o Público intervém no Privado, a fim de tornar nítidos e reais os limites de prerrogativas até então "absolutas". Este processo proporcionou a inversão daquele mito, estabelecendo-se o princípio da relativização dos direitos que ocorre, em parte, com a construção da teoria do abuso do direito.

A jurisprudência desempenhou um papel fundamental no deslinde desta nova teoria, especialmente aquela desenvolvida em França, a partir da segunda metade do século XIX. Portanto, foram razões de ordem prática e não meras especulações racionais que determinaram a configuração do abuso do direito.⁴⁶ Há nesta afirmação, uma aparente dicotomia entre a criação desta nova corrente, um princípio que emerge da prática do tribunais,⁴⁷ e o carácter que norteava a civilística clássica empreendida pela Modernidade, assentada em um Direito dado pela razão. Para isso, partiu-se das situações subjetivas patrimoniais para se estender às situações subjetivas extrapatrimoniais.

A divisão entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais assenta-se como uma das principais classificações do direito privado, que toma aqueles como passíveis de avaliação em dinheiro, e estes, contrários a tal conversão, situando-se fora do patrimônio.⁴⁸

Em verdade, essa divisão não é mera "invenção" da Modernidade, ela encontra suas bases na *suma divisio* romana, que dividia *res* e *persona*, contrapondo, mais especificamente, coisas e pessoas. De um lado, os homens vestem a máscara *persona* para atuar no mundo jurídico, seja como *pater*, proprietário, *civitas* e tantos outros; de outro, está o direito das coisas, o "alicerce de

⁴⁶ ANTUNES VARELA, *O abuso do direito* ..., p. 38

⁴⁷ LEVI, Giulio. *L'abuso del diritto*. Milano : Giuffrè, 1993. p. 4.

⁴⁸ Assim podemos citar o direito de propriedade e o direito de crédito, compondo uma esfera patrimonial do sujeito, os direitos da personalidade, os direitos pessoais de família, fora dessa esfera. Este método consiste em obter seu valor pecuniário, possibilitando a transmissibilidade dos primeiros de um titular para outro, e a intransmissibilidade dos segundos, em face de seu valor meramente moral, não interessando fazer parte do comércio jurídico (GESTHIN. *Traité de droit civil: introduction* ..., p. 168). Ressalte-se que tal divisão tem sido colocada em questão, em face da natureza jurídica de alguns direitos que vêm sofrendo uma patrimonialização, ainda que seu valor seja meramente moral, tomando-se valor de troca na vida corrente. Tratam-se de problemáticas, como aquelas suscitadas pela bioética em relação aos direitos da personalidade.

toda a ordem jurídica",⁴⁹ no qual encontramos alguns homens como titulares das relações patrimoniais e outros, objeto destas mesmas relações. Isto revela que o sentido de *res* é dado por *persona* e que esta divisão ainda se fundamenta em um motivo político, a posição que cada homem ocupa na sociedade como ser livre ou escravo.⁵⁰

Portanto, é em meio à divisão entre *res* e *persona*, que vamos encontrar os antecedentes da teoria do abuso do direito. Isto ocorre em face de uma idéia de liberdade que já norteava esse sistema, revelando-se a necessidade de proibir o abuso do direito entre os romanos, especialmente na propriedade.⁵¹ E foram, realmente, nas relações que envolviam a *res* que se revelaram os primeiros casos de aplicação dessa noção. Em meio ao teor atribuído aos papéis de *pater*, o senhor dos filhos, mulher e escravos; o proprietário e o credor munido de poderes quase ilimitados; encontramos o que Antonie BARDESCO definiu como o âmbito favorável ao desenvolvimento da noção de abuso do direito.⁵²

BARDESCO encontra os fundamentos de sua teoria entre os romanos, estabelecendo a discussão sobre a existência ou não, entre aqueles, de um princípio geral, ou pelo menos buscando ali os vestígios de uma regra comparável, por seus resultados práticos, a um princípio.⁵³ Em resposta afirmativa a esta questão, encontramos o entusiasmo de JOSSERAND, ao citar Charles APPLETON para quem, sobre a teoria do abuso do direito repousa toda a evolução do direito romano.⁵⁴ A formulação de uma teoria geral sobre o assunto, já teria ocorrido com

⁴⁹ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 117.

⁵¹ CORREA, Alexandre. Remarques sur l'abus des droits em droit romain classique. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 67, 1972. p. 22.

⁵² Segundo Antonie BARDESCO a concepção "absolutista" dos direitos estava longe de estar ausente no direito romano (*L'abus du droit*. Paris : Giard & Brière, 1913. p.12).

⁵³ É a indagação feita por Alexandre CORRÊA (*op. cit.*, p. 30). Segundo este mesmo autor, trata-se de indagar se o direito romano era ou não guiado por princípios, como parece, em face da influência da filosofia grega (*Op. cit.*, p. 21).

⁵⁴ Ainda afirma Louis JOSSERAND, "...et le droit prétorien dans son admirable et harmonieux développement, constitue la plus brillante illustration et comme la marche triomphale de la théorie de l'abus." (*De l'esprit des droits et leur relativité*. Paris : Dalloz, 1927. p. 4).

Gaius, para justificar a interdição dos pródigos e a proibição aos senhores de maltratar seus escravos.⁵⁵

Não obstante as proposições referidas, há que se indagar, se seria possível admitir a noção de abuso do direito em um sistema que não conheceu a concepção de direito subjetivo, em meio ao qual nasceu e se desenvolveu posteriormente, referida teoria. Embora não se pudesse falar de ato abusivo na legislação romana, por não conter qualquer determinação fixa de direitos subjetivos, a prática pretoriana moldava-se às necessidades da vida, mediante a aplicação da equidade.⁵⁶ E muito mais do que isto, significa dizer que a noção de abuso do direito pôde se desenvolver independente do direito subjetivo, portanto, em situações não qualificadas como tal.

A esta altura, já se encontram aqueles que, baseando-se em Mario Rotondi, empenham-se em negar a existência de uma verdadeira doutrina do abuso do direito entre os romanos. A partir do estudo de vários fragmentos de textos dessa época, o referido autor conclui pela inexistência de um princípio geral proibitivo do ato abusivo. As restrições encontradas nos textos romanos seriam fundamentadas na equidade, o que teria propiciado a falsa impressão de que se tratavam da teoria do abuso do direito.⁵⁷

Há ainda aqueles que se limitam a apontar as contradições nos textos romanos sem tomar qualquer posição a respeito da admissibilidade ou não da referida teoria. Neste sentido, refere-se Alvino LIMA, para quem tais fontes são contraditórias, estabelecendo a um tempo, o absolutismo dos direitos e a outro, seu relativismo.⁵⁸

⁵⁵ Citando CORNIL, aduz Pedro Baptista MARTINS, que tais proibições assentavam-se na idéia de que não devemos usar mal de nossos direitos, e que disposições como estas, encontradas nos textos romanos dariam a impressão de que já teria se formulado uma teoria geral do abuso do direito, como citou JOSSERAND (*Op. cit.*, p. 3). Em verdade, tratam-se de restrições impostas aos direitos em nome da equidade, o que revela que a idéia de proibir o uso abusivo dos direitos não é totalmente nova (MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 11).

⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1969. p. 42.

⁵⁷ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁸ LIMA, Alvino. Abuso do direito. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 166, jul./ago.1956. p.27.

De fato, toda a controvérsia apontada pela doutrina gira em torno do reconhecimento ou não de uma teoria geral e autônoma de abuso do direito. No entanto, sua configuração como tal é construção da Modernidade, portanto estranha às bases romanas e cuja autonomia, processa-se contemporaneamente. Por isso, afirma com razão, Pedro Baptista MARTINS que, "os romanos não construíram uma teoria do abuso do direito. Povo simples e rude, a formação de seu direito obedeceu às necessidades práticas da vida, sendo notório que os seus jurisconsultos não se preocupavam em regra, com as generalizações."⁵⁹ Muito mais do que uma teoria geral, os romanos abordaram e resolveram questões concretas de uso anormal dos direitos, dentro do princípio da equidade, o que se revela como uma atitude essencialmente tópica.⁶⁰ Em conformidade com o que aduz Giulio LEVI, não é possível um tratamento dogmático quando se fala do ato abusivo no direito romano, mas de alguns casos ou grupo de casos, que são disciplinados na época justinínica.⁶¹

Em verdade, no direito romano, encontram-se apenas "vestígios da reprovação do exercício abusivo dos direitos",⁶² que, entretanto, não aparecem sob a denominação de "abuso do direito". Esta terminologia não era utilizada na linguagem jurídica romana, ao menos não com esse sentido, pois "abuso" no sentido que entendemos hoje, é obra dos juristas e canonistas de um período posterior, cujo significado é o de "uso intenso".⁶³ Tais vestígios foram delineados, portanto, sob o termo de *emulatio* desenvolvido pelo direito medieval.⁶⁴ A noção

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 15.

⁶⁰ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 98.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 26-27.

⁶² MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 11.

⁶³ A esta falta de correspondência com o termo "abuso do direito" entre os romanos, encontramos as observações feitas por Mario ROTONDI: enquanto encontramos hoje o termo "abuso" significando uso reprovável, entre os romanos, o significado era outro, isto é, "...un uso intenso, uno sfruttamento completo, e in particolare l'uso che consuma definitivamente la cosa, quindi quell'uso che non è concesso all'usuario e che si contrappone appunto al godimento contenuto nel diritto di uso." (*L'abuso di diritto "aemulatio"*. Padova : CEDAM, 1979. p. 37-8)

⁶⁴ Encontramos entre os requisitos do ato emulativo, apontados por Mario ROTONDI: "...a) l'esercizio di facoltà normalmente rientrante nel diritto di chi agisce; b) mancanza di utilità di tale

deste termo tem suas origens no direito romano, ao aplicá-lo "às questões relativas ao uso das águas", sendo posteriormente estendida às relações de vizinhança.⁶⁵

A proibição dos atos emulativos no direito romano, restringe-se a poucos casos e circunscreve-se ao âmbito do ato ilícito.⁶⁶ A necessidade de repressão do abuso do direito, revelada no direito romano, ocorre em sentido restrito, isto é, atrelada à responsabilidade civil, na qual se revela a intenção de prejudicar.⁶⁷ Trata-se de uma dificuldade de compreensão da contradição, segundo a qual poderiam resultar danos para outrem em face do exercício de um direito, que se constitui em um ato plenamente lícito, dificuldade esta também encontrada entre os modernos. Portanto, podemos afirmar a princípio, o motivo pelo qual alguns admitem com veemência a existência de uma teoria do abuso do direito entre os romanos, e outros insistem em negá-la. Os primeiros, fazem-no em face da sua própria concepção de abuso do direito, que não é reconhecido como categoria autônoma, enquanto os segundos, porque aceitam-na como tal, e cuja elaboração ainda se processa nos dias atuais.

De todo o alegado, subsiste uma noção da referida figura, que advém de uma flexibilização apresentada na aplicação do Direito, pelas noções de justiça e equidade, que temperavam as asperezas do direito romano.⁶⁸ Esse caráter é reencontrado nas decisões dos tribunais franceses do século XIX, ao se delinear a teoria do abuso do direito. Atesta Josserand que há neste fato uma surpreendente aparência do direito moderno em França, cuja teorização emana da jurisprudência, com o direito romano clássico. Em verdade, nem tão surpreendente assim, se considerarmos que o *Corpus Juris Civile* de Justiniano foi redescoberto pelo Ocidente, a partir do ano 1100, tornando-se a base de toda a ciência jurídica

esercizio; c) inenzione di nuocere; d) danno derivante ad altri" (Op. cit., p. 38 - nota de rodapé).

⁶⁵ MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁶ GIORGIANNI, Virgilio. **L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica**. Milano : Giuffrè, 1963. p. 63.

⁶⁷ Ainda que os romanos não fossem propícios ao conceito abstrato de ato ilícito, consideravam-no em certos atos típicos. (GIORGIANNI, Virgilio, *op. cit.*, p. 62)

⁶⁸ WARAT, *op. cit.*, p. 42.

européia.⁶⁹

1.2.1 Situações Subjetivas Patrimoniais

Nosso direito patrimonial está assentado na eterna controvérsia entre realistas e personalistas,⁷⁰ que opõem direitos reais e pessoais, abstraindo do titular desses direitos os deveres que lhes possam ser impostos. Deste modo, entregues ao livre arbítrio de seu titular, as situações subjetivas patrimoniais foram as primeiras a sofrer uma condenação, quando exercidas abusivamente. A primeira destas situações configura-se no mais absoluto dos direitos subjetivos: a propriedade.

A propriedade é transposta do direito romano para o direito moderno, delineada sob as vestes do individualismo, como "o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos".⁷¹ Trata-se de uma concepção de direitos subjetivos, a qual não foge da necessidade de se conhecer limites ao seu exercício. Eles vêm previstos pelo próprio ordenamento jurídico, nascendo junto com a propriedade, como aquelas obrigações negativas decorrentes do direito de vizinhança. Isto vem a tornar claro que o absolutismo do direito de propriedade é apenas um mito. E o teor dessa afirmação é corroborado pela construção da teoria do abuso do direito que se desenvolve na jurisprudência a partir da segunda metade do século XIX.⁷²

⁶⁹ VAN CAENEGEM, R. C. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo : Martins Fontes, 1995. p. 49.

⁷⁰ "São conhecidas as teorias realistas e personalistas que, a primeira calcada na idéia de poder direto (imediato) e absoluto da pessoa sobre a coisa e, a segunda, com a necessidade da presença de pessoas em ambos os pólos da relação jurídica, procuram estabelecer os critérios distintivos. [...] Da mesma forma que a teoria realista, a personalista abstrai completamente dos deveres de conteúdo positivo que, freqüentemente, impendem sobre o titular de um direito real." (SILVA, Justino Adriano Farias da. Para uma nova teoria dos direitos reais. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo, v. 29, n. 76, maio/ago. 1996. p. 46-57)

⁷¹ Trata-se do artigo 544 do Código Francês que define: "*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*".

⁷² Para Duguit, o abuso do direito foi apenas um procedimento inventado pelos juristas, para

Dentre outros, encontra-se o célebre caso do proprietário que construía uma "imensa e volumosa" chaminé em seu imóvel, não para seu uso pessoal, mas com a finalidade de escurecer a morada vizinha. Ao julgar este caso, em 1855, o Tribunal de Colmar impôs como sanção pelo ato, a derrubada da referida chaminé, por entender que o exercício do direito de propriedade deve satisfazer a um interesse sério e legítimo.⁷³ Do mesmo modo decidiu-se acerca do proprietário que instalara uma bomba para absorver toda a água que escorria para o terreno vizinho, sem qualquer proveito para si, já que as sobras perdiam-se em outro lugar. A este respeito, decidiu o Tribunal de Lyon, em 1856, que o proprietário que pratica semelhante ato apenas com o objetivo de prejudicar é responsável pelos danos que causou.

Decisões como estas, emitidas pelos tribunais franceses foram delineadas em inúmeros casos análogos, como o do proprietário que recusava, sem motivações razoáveis, o acesso à sua propriedade para que seu vizinho realizasse certo trabalho; ou ainda, de outro proprietário, que teria edificado um muro em seu imóvel apenas com o propósito de privar de luz o seu vizinho.⁷⁴ Tratam-se todos, de casos de repressão ao abuso do direito, que foram delineados, em um primeiro momento, em meio às relações de vizinhança.

Em todas estas decisões evidencia-se a adoção de dois critérios para determinação do abuso, entre os quais podemos identificar:

- a) a intenção de causar dano;
- b) a falta de interesse "sério ou legítimo" para realização do ato.

No primeiro destes critérios a determinação do abuso restringe-se à esfera subjetiva do agente, o que se traduz na comprovação de culpa ou dolo e o conseqüente dano.

No segundo, delineia-se um critério, cujo caráter, embora mais objetivo,

salvar as conseqüências do caráter "absoluto" do direito de propriedade e mantê-lo como tal. (*Apud* WARAT, *op. cit.*, p. 38).

⁷³ BARDESCO, *op. cit.*, p. 48-49.

⁷⁴ Casos citados por Orlando GOMES (*Direito reais*. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 127).

ainda encontra-se afeito ao dogma da vontade,⁷⁵ mas que uma vez conjugado com o primeiro, tornava ainda mais restrita a aplicação da nova teoria. Tanto em um como em outro, encontra-se o abuso do direito relegado à esfera da ilicitude, sendo pronunciado apenas como um caso de responsabilidade civil.

Cabe, entretanto, indagar o teor destas limitações: seja daquelas impressas pela própria legislação, seja destas últimas delineadas pela jurisprudência fora dos limites do direito objetivo. Verifica-se que as primeiras têm por finalidade conciliar interesses opostos entre os proprietários vizinhos,⁷⁶ ou ainda, proporcionar uma "coexistência pacífica" de propriedades,⁷⁷ revelando-se como limites que deixam intocado o conteúdo de tais direitos. Já as limitações impressas pela teoria do abuso do direito, referem-se antes ao atendimento de interesses coletivos do que aos privados, pois está a "conciliar os direitos subjetivos com os interesses superiores da própria comunidade".⁷⁸

No entanto, verifica-se do exame daquelas primeiras decisões, o predomínio de uma limitação que visa antes conciliar interesses privados, do que atender aos interesses coletivos presentes na teoria do abuso do direito. Tal afirmação vem somada ao fato que o exercício abusivo do direito de propriedade encontra-se relegado à esfera da teoria clássica da responsabilidade civil. E isto ocorre porque dentro de uma racionalidade individualista, jamais poder-se-ia acolher limites internos aos direitos subjetivos. Restariam limites externos, que determinavam a aplicação da referida teoria nas relações de vizinhança.⁷⁹

⁷⁵ BARDESCO, *Op. cit.*, p. 49: "*L'application de la théorie de l'abus du droit transforme la notion de propriété; elle en fait une fonction sociale; désormais elle n'est plus un privilège pour son titulaire, mais elle implique ses devoirs.*"

⁷⁶ *Ibidem.*, p. 38-39.

⁷⁷ GOMES, *Introdução* ..., p. 122.

⁷⁸ MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁹ San Tiago DANTAS (*O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1972. p. 106-109) indaga se a teoria do abuso do direito pode ser considerada fórmula das relações de vizinhança. Conclui que o abuso do direito embora aplicável à propriedade, não resolve os conflitos de vizinhança mais graves e frequentes. Tanto a teoria da emulação quanto a do abuso devem ser afastadas nesta matéria. Embora no direito pátrio ainda não se verifique a exclusão da incidência da referida teoria às relações de vizinhança, pois nossa doutrina ainda continua presa à uma concepção que considera-o como modo de responsabilidade civil, esta distinção já encontra-se

A esta altura, a teoria do abuso do direito somente se aplicava às situações subjetivas provenientes da lei, como era o direito de propriedade, mas ainda não alcançara as situações advindas do contrato. Neste aspecto, CUNHA DE SÁ apontou um papel restrito da jurisprudência de seu país, ao admitir o ato abusivo somente nos direitos subjetivos provenientes da lei, mas que não atingia as faculdades reconhecidas à liberdade de ação. Se a propriedade passou a cumprir uma função social, de modo que a vontade individual não pode mais se sobrepor à vontade coletiva, nas obrigações protege-se o direito individual e, apenas indiretamente, o coletivo. Segundo o que adverte aquele mesmo autor, este papel foi, no entanto, modificado, passando-se a admitir contratos abusivos.⁸⁰

Este papel restrito da jurisprudência apontado por Cunha de Sá, deve-se à consagração do princípio da autonomia da vontade que, nos sistemas individualistas, é elevado à condição de dogma. Desse modo, o contrato é compreendido como um instrumento da vontade, através do qual, partes pretensamente livres e iguais, poderiam expressá-la. Norteado pelo princípio que as convenções fazem lei entre contraentes, independente de que lei ou de que partes se trate, ainda se fixou sua intangibilidade, isto é, não caberia ao Estado, através do juiz, revisar o contrato, interferindo na esfera privada. E a teoria do abuso do direito vem justamente romper com esta idéia, a fim de estabelecer a justiça contratual. Eis o porquê de uma hesitação em se condenar o abuso do direito nas relações contratuais, com o que se quis fazer pensar que ambos pertencem a esferas distintas do sistema civilístico. No entanto, como aduz ANTUNES VARELA, a mencionada figura abrange tanto os direitos subjetivos advindos da lei como do contrato.⁸¹ Trata-se do encontro entre o abuso do direito e a autonomia privada, que passa a se revelar nas decisões dos tribunais.

bem definida em outros sistemas. Neste sentido, aduz Jacques GHESTIN, que hoje, encontra-se firmada na jurisprudência francesa, que as relações de vizinhança não denotam mais o abuso do direito, mas tão somente, casos de responsabilidade civil (*Traité de droit civil : introduction ...*, p. 758).

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 79

⁸¹ Exemplifica o referido autor, com o direito de preferência, uma vez que pode ser previsto pela lei ou convencionado em contrato. (*O abuso do direito...*, p. 38)

A ruptura com aqueles princípios antes expostos, torna-se clara diante de sua inadequação com a realidade vigente. E de tal modo, que os contratos entre partes "não-livres" e desiguais, são os primeiros a sofrer a aplicação decorrente do conceito de abuso do direito. É o que se espelha nos contratos de trabalho, objeto das primeiras decisões de uma jurisprudência precursora, que atuou no sentido de sua transformação, como aduz Mario ROTONDI: "servindo-se da teórica e do conceito de abuso, único instrumento apropriado a operar uma evolução perfeitamente contemporânea em direção inversa às duas contrapostas posições jurídicas do dador de trabalho e do dador do capital." ⁸²

No século XIX, na jurisprudência francesa, predominava o entendimento que ao tribunal não caberia procurar os motivos da rescisão nos contratos de locação de mão-de-obra, pois o direito de recesso unilateral seria absoluto, proclamando-se, assim, a irresponsabilidade no exercício dos direitos.⁸³ No entanto, nessa mesma época, a Corte Suprema voltou atrás em seu entendimento, passando a considerar como abusiva, a faculdade de rescisão sempre que exercida de modo intempestivo e sem motivo sério.⁸⁴

A jurisprudência também procedeu à indagação da intenção do locador de mão-de-obra, levando à opinião prevalecente na doutrina e que transparece na lei, de reprimir o recesso do empreendedor feito por "má vontade".⁸⁵ Através destas decisões, a teoria do abuso do direito revela-se como o "instrumento elástico"⁸⁶ que possibilita modificações na face do contrato, algo que antes mostrava-se como impensável, diante de uma "soberania absoluta", presente em sua concepção.⁸⁷

⁸² Tradução livre de: "...servendosi della teorica e del concetto di abuso, unico strumento adatto ad operare un'evoluzione perfettamente contemporanea ed in direzione inversa delle due contraposte posizioni giuridiche del datore di lavoro e del datore di capitali." (Op. cit., p. 152)

⁸³ BARDESCO, op. cit., p. 143.

⁸⁴ *Ibidem*, p.134

⁸⁵ ROTONDI, op. cit., p. 157.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 153.

⁸⁷ Em muitos outros casos, verifica-se o abuso na rescisão unilateral: no caso de revogação de mandato; em caso de dissolução unilateral de sociedade; todos delineados em face do critério da falta de motivo sério ou legítimo para rompimento do contrato. (JOSSERAND, Louis. *De l'abus des*

As aplicações do conceito de abuso do direito não se limitam a semelhantes decisões, em matéria contratual. Também se compreendeu o "abuso da liberdade de contratar" em sentido positivo ou negativo, isto é, concluindo o contrato ou abstendo-se de fazê-lo. Ao indagar se este direito de se abster seria absoluto, o *Tribunal de Bordeaux*, em 1903, admitiu a responsabilidade de um empreendedor que se recusava a contratar, motivado pela circunstância que os peticionantes faziam parte de um sindicato. Como os trabalhadores passaram a se desligar desta instituição legal a fim de serem contratados, o presidente do sindicato reclamou uma indenização, aceita pelo tribunal, ao se constatar que aquele empreendedor agiu maliciosamente. Houve uma motivação ilegal e ilícita, qual seja, a de obstar o funcionamento de uma instituição regulamentar e legal, caracterizando-se como abuso do direito.⁸⁸

Os contratos devem ser executados segundo as regras da boa-fé⁸⁹, o que revela uma concepção de justiça tal qual a concessão de um "prazo de graça" pelo tribunal, ao devedor desafortunado para cumprir a obrigação e ao qual o credor não pode se opor. Assim, por ocasião da execução dos contratos, também podem se verificar casos de abuso do direito. Antonie BARDESCO cita o julgado da Corte de Cassação francesa, ocorrido em 1902 : uma companhia fornecedora de vagões contrata o transporte de produtos de uma usina. O cumprimento desta obrigação, dentro do prazo de rigor, escaparia a toda indenização, senão, pelo fato deste cumprimento ter se realizado sem aviso à usina, de quando o mesmo se faria. Portanto, ainda que respeitando o prazo concedido, este contratante foi condenado por perdas e danos, já que teria exercido seu direito com malícia ou má-fé.⁹⁰

droits. Paris : A. Rosseau, 1905. p. 36-38 ; ROTONDI, *op. cit.*, p. 166-167).

⁸⁸ Caso citado por JOSSERAND na determinação do abuso do direito na recusa de contratar, por ausência de motivo sério ou legítimo, como se decidiu, revela que: "*Si la liberté contractuelle comporte des limites subjectives même envisagée dans sa face négative, à plus forte raison en appelle-t-elle lorsqu'elle effecte son aspect positif;* " (De l'abus ..., p. 31).

⁸⁹ Artigo 1.134, 3ª alínea do Código Civil Francês.

⁹⁰ BARDESCO, *op. cit.*, p. 136. Em casos como este, que resultam da execução do contrato, o Tribunal aplicou o artigo 1134 do Código Francês, que estabelece que as convenções devem ser executadas de boa-fé. Face a isto, o Tribunal poderia autorizar um "prazo de graça" ao devedor, ao qual o credor não poderia se opor. Trata-se de uma disciplina que visa uma aplicação mais social

1.2.2 Situações Subjetivas Extrapatrimoniais

A consagração da teoria do abuso do direito foi transposta das situações subjetivas patrimoniais para as extrapatrimoniais,⁹¹ o que resultou de um esforço da doutrina neste sentido,⁹² onde se encontram as relações familiares.

A concepção de uma família patriarcal tem suas origens no direito romano e afirma-se na Modernidade, assentando-se na idéia da autoridade do pai sobre todos os membros de sua família: mulher e filhos. Isto lhes submetia a um regime de incapacidades, traduzido no exercício do poder marital e do pátrio poder.

Quanto à possibilidade de abuso no exercício do poder do marido sobre os atos praticados pela esposa, a teoria em questão não desempenhou um papel tão importante como no exercício do pátrio poder. Os casos que se encontram na jurisprudência a respeito dos primeiros, não se reportam à modificação do instituto em si, mas na sua atenuação por outras vias.⁹³ Além disso, seu sentido perdeu-se diante da emancipação da mulher casada, derivada em grande parte de legislações como a nossa.⁹⁴

Os tribunais consideravam abusivo o exercício do pátrio poder, quando o pai proibia o filho de visitar os ascendentes ou impedia-os de se corresponderem.

do contrato.

⁹¹ No entanto, esta não é uma nova forma pela qual age o Direito. Em verdade, já verificamos em outros casos, pelos quais certos fatos adentraram no mundo jurídico através da esfera patrimonial. Nesta tarefa, o Direito recebe as transformações da sociedade e agrega a si, valores antes não acolhidos ou estranhos ao sistema clássico. Veja-se o que ocorreu com as uniões extramatrimoniais. Ignoradas pelo Código Civil de 1916, ao longo deste século, gradativamente receberam seu reconhecimento pelos tribunais, até chegar a Constituição Federal de 1988, consagrada como fonte da família ao lado do casamento. Mas este reconhecimento, iniciou com a concessão de direitos patrimoniais aos companheiros, deferindo-se a indenização por serviços prestados, tal qual ocorria com uma relação de trabalho, e posteriormente, a configuração de uma sociedade de fato, tal qual ocorre em direito comercial. A superação desta concepção patrimonial, somente chegou ao fim com a disciplina constitucional e ordinária que lhe sucedeu.

⁹² TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 424.

⁹³ É o caso citado por Antonie BARDESCO (*Op. cit.*, p. 107), em que se considerou o abuso do direito de o marido requer a nulidade de atos praticados pela esposa, quando ambos já se encontravam submetidos a uma medida de separação de corpos. Acolheu-se o abuso, não pela apreciação da legitimidade ou não deste poder, mas por abuso da demanda.

⁹⁴ Trata-se do *Estatuto da Mulher Casada*, Lei n.º 4.121/62.

Tal ato deveria se fundamentar em motivos graves, caso contrário, configurava-se em "abuso odioso", em vias de ser suprimido.⁹⁵ Isto revela que o pátrio poder não poderia ser considerado como um direito "absoluto", pois seu objetivo é a proteção do menor, não podendo se desviar deste, pois que está fixado em lei.⁹⁶

Decisões como estas delineiam uma radical transformação do instituto do pátrio poder, desviando-o de suas bases clássicas, definidas pelo direito romano e transpostas para o direito moderno. Passa a ser reconhecido como um direito, não em benefício do pai, mas como uma "autoridade no interesse do filho".⁹⁷ E o instrumento utilizado para esta transformação foi a teoria do abuso do direito, introduzido pela jurisprudência, como um controle no exercício da autoridade paterna.⁹⁸ O caráter público deste direito é ressaltado pelas doutrinas francesa e italiana, como um paralelo do que ocorre com a teoria do "desvio de poder" no direito administrativo.⁹⁹

Também encontra-se a aplicação da teoria do abuso do direito no exercício dos direitos da personalidade, qual seja, a liberdade de expressão do pensamento. Segundo Antonie BARDESCO, o exercício deste direito encontra-se limitado pelo respeito à personalidade dos outros, do que também resulta seu caráter altruísta.¹⁰⁰

O exercício da liberdade de imprensa por um jornalista pode se configurar

⁹⁵ BARDESCO, *op. cit.*, p. 107-108.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 109.

⁹⁷ ROTONDI, *op. cit.*, p. 150. A compreensão ora exposta deve ser aceita com reservas, pois ela refere-se a uma tendência funcionalista, que nega a concepção de direito subjetivo ao pátrio poder, transformando-o em um "poder-função" ou um "direito-dever", por isso, ensinam Francisco José Ferreira MUNIZ e José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA que: "...a idéia de que os direitos pessoais servem a interesse de pessoa distinta da do titular pode e deve ser aceita com uma reserva: a de que o direito pessoal de família também serve a interesse próprio de seu titular. [...] Assim, seria incorreto afirmar-se que a idéia de fim domine todo o conteúdo do pátrio poder, reduzindo-o a mero conjunto de deveres. Nesse sentido, mostra Lüderitz, que estar presente ao desenvolvimento da personalidade do filho, fiscalizá-la e protegê-la corresponde, também, a necessidades psicológicas dos pais, o que mostra que o pátrio poder lhes é concedo também em seu interesse, e não apenas no interesse do filho." (**Direito de família** : direito matrimonial. Porto Alegre : S. Fabris, 1990. p. 31).

⁹⁸ ROTONDI, *op. cit.*, p. 150.

⁹⁹ BARDESCO, *op. cit.*, p. 108 ; ROTONDI, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰⁰ BARDESCO, *op. cit.*, p. 110.

como antisocial. A intenção de prejudicar, ainda que desprovida de qualquer infração penal, é suficiente para acarretar sua responsabilidade.¹⁰¹ Cite-se como exemplos que foram objeto de decisão dos tribunais: um jornal que ridiculariza um dos advogados, ao noticiar um debate judiciário. E a decisão de 8 de maio de 1876 da *Corte de Cassação*, segundo a qual o "direito de discutir as opiniões e defender os princípios não pode autorizar ataques dirigidos contra um indivíduo e destinados a prejudicá-lo".¹⁰²

O mesmo ocorre em relação aos direitos de crítica literária, artística e dramática, suscetíveis de abuso, se inspirados pelo desejo de prejudicar e não pelo desejo de informar seus leitores.¹⁰³ Assim, Josserand cita o caso deste ato abusivo interferir no êxito de uma peça teatral ou nas vendas de uma obra literária, causando danos. Também estaria cometendo abuso do direito, o romancista que utilizasse da vida privada de certas pessoas, para sua obra literária. Neste sentido, decidiu o Tribunal Federal Suíço, em 1895, que a liberdade do romancista em emprestar fatos da vida real dos sujeitos é limitada pelos direitos da personalidade.¹⁰⁴ Configura-se ainda, a responsabilidade nos casos de direito de prestar informações sobre terceiros, ainda que prestadas de boa-fé, pois não se pode agir com espírito de animosidade ou malícia.¹⁰⁵

Em torno destes direitos delineou-se claramente o critério segundo o qual estes não podem ser exercidos com a intenção de prejudicar, sob pena de se configurarem como abusivos. Critério este que se diferencia daquele antes esboçado, para controle do exercício do pátrio poder, o qual distancia-se do elemento vontade e volta-se para a finalidade que esta prerrogativa há de atender. Trata-se de uma configuração objetiva, a qual atuará no redimensionamento do

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 111.

¹⁰² Tradução livre de: "...le droit de discuter les opinions et de défendre les principes, ne peut autoriser l'attaque dirigée contre un individu et destinée à lui nuire." (BARDESCO, *op. cit.*, p. 111-112)

¹⁰³ *Ibidem*, p. 113.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 114.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 117.

âmbito de aplicação da teoria do abuso do direito.¹⁰⁶ A jurisprudência francesa também resolveu, com esta teoria, os casos de situações subjetivas extrapatrimoniais, que resultam em consequências patrimoniais, tal qual o rompimento de promessa de casamento. Não há uma definição clara quanto à sua natureza jurídica, pois enquanto no Código Civil francês a promessa de casamento não é reconhecida como "fonte de obrigação de contratar", no direito italiano, a promessa realizada por escritura pública ou particular, ganha força jurídica. No entanto, seu rompimento arbitrário revela-se como abusivo, tornando-se fonte de responsabilidade pelos danos causados. Tratar-se-ia de uma responsabilidade extracontratual fixada pela jurisprudência francesa com base no artigo 1382 do *Code*, segundo a qual quem abandona um projeto de casamento sem motivo legítimo, pode causar danos ao outro e, por isso, fica obrigado a reparar.¹⁰⁷

De todo o exposto, percebe-se que o desenvolvimento da teoria do abuso do direito em meio às situações subjetivas patrimoniais para apenas posteriormente, alcançar as situações extrapatrimoniais, revela o momento histórico em face do qual foi delineada a teoria do abuso do direito. Trata-se do resultado de uma intensificação da atividade econômica, à qual se refere Giulio LEVI:

Neste momento nos interessa, ao contrário, ir às origens daquele abuso do direito que nasce em uma sociedade que teve uma reviravolta sob o plano econômico em meados do século passado; e que se transformou com a evolução do sistema capitalista, onde o problema do abuso do direito diz respeito principalmente às relações econômicas, onde se fala de 'exercício das liberdades econômicas', isto é liberdades individuais e coletivas, nas relações econômicas.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Aduz San Tiago DANTAS (*op. cit.*, p. 99-102), que no abuso do poder conferido pela lei - pátrio poder - há aplicação da doutrina do exercício anormal dos direitos, prescindindo de sua finalidade. Trata-se de um critério objetivista, elaborado por Saleilles, que refere-se à destinação econômica e social do direito como critério mais justo a fornecer a determinação do abuso do direito.

¹⁰⁷ JOSSERAND, Louis. *De l'abus des droits*. Paris : A. Rousseau, 1905. p. 138. Já na jurisprudência italiana, é questionado se tais casos configuram culpa contratual ou culpa aquiliana, por Mario ROTONDI. (*Op. cit.*, p. 144)

¹⁰⁸ Tradução livre de: "A noi ora interessa, invece, andare alle origini di quell'abuso del diritto che nasce in una società che ha avuto una svolta sul piano economico alla metà circa del secolo scorso; che è cambiata con l'evoluzione del sistema capitalistico, dove il problema dell'abuso del diritto ha riguardo soprattutto ai rapporti economici, curve si parla di "esercizio delle libertà economiche", cioè libertà, individuali e collettive, nei rapporti economici". (*Op. cit.*, p. 2)

Esta origem é plenamente evidenciada por uma intervenção dos tribunais nas relações privadas, através da teoria do abuso do direito: há uma modificação em institutos que constituem a base da ordem jurídica. Proporcionam as primeiras, limitações à esfera contratual em face da contradição entre sua concepção jurídica, fundamentada na liberdade e igualdade e sua concepção real, calcada na desigualdade e ausência de liberdade. Há uma modificação no exercício do direito de propriedade que deixa de estar subordinado aos interesses de seu titular, para também atender aos interesses de uma coletividade. E na família há uma atenuação no exercício do pátrio poder, em um processo de maior emancipação de seus membros. Todas estas modificações ocorrem a fim de propiciar um perfeito desenvolvimento da atividade econômica que impõe transformações à sociedade e ao Direito.

Portanto, não se pode considerar o abuso do direito como a "chave"¹⁰⁹ que explica uma "crise" jurídica, porque desta não se trata, senão para encobrir transformações que há muito, atingem o cerne do direito subjetivo. Por isso, a figura do abuso do direito pode ser considerada sim, como a "chave" que explica as transformações do direito subjetivo.

1.3 A FORMULAÇÃO DE CRITÉRIOS GERAIS PARA DETERMINAÇÃO DO ATO ABUSIVO

Após um breve exame de como delineou-se a teoria do abuso do direito em meio às mais diversas situações subjetivas patrimoniais e extrapatrimoniais, é necessário indagar como estes critérios definidos pela jurisprudência foram transpostos para os sistemas legislados.

Antes de tudo, há que se considerar o contexto no qual se insere o abuso do direito. Trata-se de uma figura, cuja origem e desenvolvimento ocorre em um "sistema jurídico racionalista".¹¹⁰

¹⁰⁹ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁰ Francisco AMARAL afirma ser a concepção de sistema, a mais importante contribuição do

Com a Idade Moderna, um novo mundo jurídico é desenhado. Era preciso superar os entraves impostos pela Idade Média ao desenvolvimento sócio-econômico. Mas para isto impunha-se a "criação de um novo sistema jurídico baseado num novo corpo de fontes" e uma "nova técnica deveria ser desenvolvida para assegurar a aplicação na prática de um novo direito". O primeiro objetivo foi alcançado com o desenvolvimento do direito natural, enquanto o segundo foi obtido com os códigos nacionais que se espalharam por toda a Europa.¹¹¹

O direito natural, presente na Antigüidade, foi resgatado sob as vestes do jusracionalismo. Em face de uma concepção kantiana, o direito natural passa a ser fundamentado na razão, idéia esta, transposta para o próprio sistema jurídico. Revelando-se como uma "arma de combate" contra os entraves feudais à propriedade privada e os regimes ditatoriais,¹¹² o homem e sua liberdade tornam-se valores fundamentais, assim como proposto pela filosofia do Iluminismo.¹¹³ A consolidação destes valores é alcançada definitivamente com a Revolução Francesa, ao declarar em 1789, a liberdade e a propriedade, como direitos invioláveis, que passam a ocupar o ápice do sistema privado.

Entretanto, muito além de justificar as conquistas políticas modernas, o jusracionalismo fundamentou o Direito sobre a razão humana. E desta afirmação, encontramos as conseqüências que daí se propagam:

- a) o método das ciências exatas e naturais passa a ser utilizado, deduzindo-se as normas concretas do direito positivo de conceitos gerais e axiomas.¹¹⁴
- b) esta influência metodológica, faz com que os diplomas legislativos, passem a ser considerados como estatuto único do Direito.¹¹⁵

jusracionalismo (**Direito Civil...**, p. 39)

¹¹¹ VAN CAENEGEM, *op. cit.*, p.119.

¹¹² MIAILLE, *op. cit.*, 153.

¹¹³ VAN CAENEGEM, *op. cit.*, p. 143.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 143.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 125.

Trata-se, a primeira, do método dedutivo que passa a predominar a ciência jurídica, em oposição à sua própria natureza, que é essencialmente problemática e concreta. E a segunda, da característica que se encontra presente nos códigos do Iluminismo, ao estabelecerem a supremacia do Direito legislado enquanto produto da razão humana à jurisprudência. É por isso que se atribui ao julgador, um papel tão limitado, cuja atividade não passaria de uma subsunção. Cabe-lhe tão-somente enquadrar o caso concreto em conceitos dados pela ciência jurídica, pois de modo algum ele poderia competir com o legislador, aplicando o Direito em atenção a princípios não-inscritos.¹¹⁶

O encontro destas influências projeta-se para os códigos que se elaboram, através dos quais se assegura este novo Direito, cuja principal fonte de conhecimento é a razão e o método de conhecimento é o conceitual dedutivo.¹¹⁷ A codificação torna-se a "expressão do racionalismo no direito".¹¹⁸

Enquanto sistema racional, o Direito erigiu-se em meio a dois modelos codificados pela Modernidade: o Código Civil francês de 1804 e o BGB alemão de 1900. Neles encontra-se a afirmação de valores que passam a sustentar a sociedade moderna: ambos foram marcados pelo individualismo e liberalismo, servindo aos interesses de uma única e mesma classe. Isto lhes reveste de uma identidade ideológica, expressando-se em ambos, o código típico "para o burguês, a sua família e o seu patrimônio [...] A epopéia burguesa do direito privado."¹¹⁹ Eis porque a disciplina da vida privada estabelecida por estes códigos é claramente patrimonialista, pois tanto um como outro, "...ignorou igualmente o homem concreto, o homem de carne, sujeito a debilidades, presa de necessidades, esmagado por forças econômicas".¹²⁰ E isto revela o quão ideológico foi o papel do direito natural na afirmação de valores que se colocaram no topo do sistema: a Revolução

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 125.

¹¹⁷ AMARAL, **Racionalidade** ..., p. 71.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 66.

¹¹⁹ CARVALHO, **Para uma teoria** ..., p. 35.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 34.

francesa é fechada sobre seus próprios interesses, esquecendo-se dos homens concretos.¹²¹

No entanto, se entre estas duas vertentes, há uma identidade de projetos, o que se traduz em uma identidade ideológica, nelas também encontra-se uma diversidade de estilos.¹²² O Código francês baseia-se em um sistema de direitos inalienáveis, que sobrepõe o direito subjetivo ao objetivo, afirmando-se a supremacia do indivíduo sobre o Estado. Enquanto no BGB, se encontra o direito objetivo como um distribuidor de direitos subjetivos, preponderante ao indivíduo,¹²³ na busca de uma afirmação do Estado alemão.¹²⁴

Em face desta diversidade de projetos, a figura do abuso do direito desenha-se no espaço napoleônico e estende-se para o alemão já que neste, a idéia de absolutismo dos direitos subjetivos não era tão arraigada quanto naquele.¹²⁵

No *Code*, encontra-se a consagração de conquistas empreendidas durante o período revolucionário de 1789, onde afirmam-se os valores da liberdade e da igualdade formal dos indivíduos. Estes passam a desfrutar de uma esfera de atuação livre de quaisquer interferências do Estado, em decorrência da nítida divisão entre Direito Público e Privado, o que corresponde à própria separação entre Estado e sociedade. E assim, cada um pode fazer atuar sua liberdade econômica através do exercício do direito de propriedade, garantido pela ordem jurídica como sagrado e inviolável, imune a interferências externas.

Em verdade, o Código francês "representa o triunfo do individualismo liberal, expresso no caráter absoluto do direito de propriedade e no princípio da

¹²¹ VAN CAENEGEM, R. C., *op. cit.*, p. 143. É por isso que o direito natural, após tão utilizado pelo iluminismo, encontra-se praticamente abandonado no início do século XIX, segundo o que informa Michel MIALLE (*Op. cit.*, p. 153).

¹²² Neste sentido, CARVALHO, *op. cit.*, p. 32.

¹²³ CARVALHO, *Para uma teoria...*, p. 35.

¹²⁴ VAN CAENEGEM, *op. cit.*, p. 143.

¹²⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé ...*, p. 684.

liberdade contratual [...] que afirma ser o contrato lei entre as partes."¹²⁶

Como consequência deste caráter "absoluto", impresso aos direitos proclamados logo após a Revolução francesa, configura-se o abuso do direito. A teoria construída em torno de sua proibição, constitui-se em uma progressiva erosão daquele princípio sobre o qual se assentam os ordenamentos burgueses: absoluta discricionariedade e imunidade de toda forma de controle concluídos em nome da liberdade e da autonomia privada.¹²⁷

Mas cumpre indagar se seria possível falar de direitos "absolutos" e ilimitados, como os que parecem resultar deste contexto histórico.

Para Luís Alberto WARAT, os direitos individuais aparecem como "absolutos", "deliberadamente disfarçados como tais e exageradamente estendidos em seu campo de ação".¹²⁸ E o abuso do direito aparece como reação a este amplo campo que as normas legais outorgam aos indivíduos para exercício de seus direitos.¹²⁹

Esta reação, ocorre através da jurisprudência francesa, onde a teoria do abuso do direito é fruto de uma "prática" dos tribunais, a partir de decisões proferidas no final do século XIX, especialmente em matéria de propriedade.

No Código de Napoleão, não havia qualquer dispositivo capaz de acomodar o abuso do direito,¹³⁰ no entanto, o artigo 1382¹³¹ deste diploma legislativo, serviu para que dele se fizesse derivar o "princípio geral" em que se consubstanciou a nova teoria ao dispor: "Qualquer fato do homem, o qual cause a outrem um dano, obriga-o por erro do qual ele é cometido, à repará-lo." Mas deste procedimento dos tribunais franceses, duas consequências vão se apresentar:

¹²⁶ AMARAL., *Direito Civil...*, p. 118.

¹²⁷ LEVI, *op. cit.*, p. 37-38.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 81.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 81.

¹³⁰ MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 34.

¹³¹ Tradução livre de: "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*"

a) esta jurisprudência desenvolve-se em torno dos atos emulativos, pois esta norma deixava pouco espaço ao princípio do abuso do direito, para casos que não fossem estritamente de emulação;¹³²

b) além disso, este artigo pertence à teoria da responsabilidade civil, o que revela que o abuso do direito acomoda-se naquela, ganhando contornos de ilicitude.

Diante da perplexidade revelada pelas situações abusivas, estranhas à civilística moderna, e da lacuna encontrada no sistema jurídico, o ato abusivo insere-se no âmbito da responsabilidade civil o que significa que ele não surge como figura autônoma.

Enquanto esta jurisprudência desempenha o papel de "fonte do direito", consagrando o tema do abuso do direito como "princípio geral", na Alemanha, sentia-se a exigência de sua codificação.¹³³ Trata-se de questionar se a teoria do abuso do direito deveria ser codificada. Levantaram-se vozes daqueles que entendiam importar sua codificação, na morte da nova teoria, desaparecendo sua própria razão de ser.¹³⁴ E isto ocorre em face de sua concepção estritamente jurisprudencial.¹³⁵

Por outro lado, a exigência de sua positivação decorre da própria racionalidade que norteava o BGB de 1900. A Pandectística¹³⁶ atuou na construção

¹³² LEVI, *op. cit.*, p. 5.

¹³³ O Código prussiano de 1794 foi o primeiro a estabelecer a noção de abuso do direito. Para sua caracterização, exigia-se a intenção de causar dano, quando dentre os vários modos possíveis de se exercer o direito subjetivo, escolhe-se o mais danoso. Portanto, para se tipificar a conduta como abusiva, mister se faz outros modos de exercício do direito, o que faz dele, para alguns, verdadeiro ato emulativo (Luis Alberto WARAT, *op. cit.*, p. 49.), enquanto que para outros (SESSAREGO, *op. cit.*, p. 210), trata-se da teoria do abuso, já que a *emulatio* somente é aplicável à propriedade e aos direitos de vizinhança.

¹³⁴ Pedro LEÓN *apud* Luis Alberto WARAT (*op. cit.*, p. 84). Não obstante a estas proposições, entende Luiz Alberto WARAT, ser conveniente a incorporação da proibição do abuso do direito às legislações, propiciando ao Direito positivo uma vitalidade, capaz de adaptá-lo às aspirações comunitárias, tal como se fez no direito suíço (*Op. cit.*, p.86-87).

¹³⁵ LEVI, *op. cit.*, p. 4-5.

¹³⁶ Entre seus representantes, encontramos Puchta, com sua "Jurisprudência dos Conceitos", e Windscheid, que formulara a famosa concepção de direito subjetivo enquanto "poder da vontade."

do sistema privado europeu, e de modo intenso em países como a Alemanha, para fins de uma unidade política nacional.¹³⁷ Esta escola jurídica encontrava-se assentada no positivismo científico, cujas conseqüências são delineadas por Franz WIEACKER:¹³⁸

- a) a concepção de ordem jurídica como um sistema fechado que, por isso, exige a plenitude, uma ficção desejada politicamente pelo positivismo;
- b) em face desta concepção, há uma completa adequação da jurisprudência com o princípio da separação de poderes no Estado moderno.

Em conformidade com a primeira dessas conseqüências, verifica-se que o Direito torna-se um sistema composto de conceitos lógicos e abstratos em número limitado, dos quais se extraem outros, face ao formalismo kantiano. A conseqüência disso, é que a atividade do jurista é reduzida a uma mera subsunção, pois ela não decorre de uma apreensão empírica da realidade, mas de uma coerência interna das categorias do saber.¹³⁹

Já em relação à segunda, através da recusa de poderes ao juiz, evitava-se que o Estado interferisse nas relações privadas, colocando em risco os interesses econômicos conquistados por uma sociedade liberal.¹⁴⁰ É por isso, que a Pandectística tornou-se um instrumento de manutenção de injustiças sociais.¹⁴¹ Injustiças estas que foram parcialmente corrigidas pela teoria do abuso do direito, ou então, recorde-se sua aplicação pela jurisprudência francesa aos contratos de locação de mão-de-obra.

No entanto, se o BGB corresponde ao ideal positivista da plenitude, o Código francês teria renunciado a esta última, não primando por uma elevada

¹³⁷ WIEACKER, *História* ..., p. 505.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 492-499.

¹³⁹ HESPAÑA, Antonio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Portugal: Europa-América, 1997. p. 180.

¹⁴⁰ WIEACKER, *História*... , p. 549.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 504.

disciplina conceitual e sistemática, segundo o que expõe Franz WIEACKER.¹⁴² Eis o porquê de uma disciplina diferenciada, no que se refere ao abuso do direito. O primeiro a exigir sua tradução no estatuto codificado, a fim de acolhê-lo, e o segundo, delineando-o por uma esfera jurisprudencial. Esta dicotomia ainda pode ser traduzida, pelo fato de que o BGB “não espelha a imagem da vida de uma nova sociedade fechada, tal como a espelhava o *Code Civil*, depois da vitória da burguesia, mas apenas de uma camada da burguesia que, na verdade, não conseguiu uma vitória completa sobre o antigo Estado autoritário...”¹⁴³

¹⁴² Esta afirmação pode ser traduzida pelas seguintes palavras do autor: “Se o *ALR* desenhava os direitos e obrigações com pinceladas largas a partir das situações concretas, e o *Code Civil* e o *ABGB*, pelo contrário, pagavam o seu caráter sintético com a renúncia à plenitude, o *BGB* antepôs, como na álgebra, à expressão entre parênteses os caracteres conceituais gerais da relação jurídica nas suas duas Partes Gerais (I livro; II livro, §§ 241-432).

Assim, a subsunção jurídica de uma relação real tão corriqueira como o contrato de compra e venda exige uma referência a cinco domínios normativos diferentes: à Parte Geral (§§ 116 ss.; 145 ss.), às disposições gerais sobre a relação obrigacional (v.g. § 275); às disposições gerais sobre as relações obrigacionais *contratuais* (§§ 305 ss.; v.g. 323) e, finalmente, ao contrato de compra e venda (§ 433 ss.; v.g.; § 446).

Esta ordenação não é feliz. Na verdade, pode conceder-se aos defensores da Parte Geral que esta generalização corresponde a uma elevada disciplina conceitual e sistemática. No entanto, a economia espiritual e a clareza harmônica através das quais se destacam as criações legislativas bem conseguidas, não é precisamente obtida a partir desta disciplina. O que se ganha em abstracção perde-se, na sua maior parte, de novo na inevitável inacessibilidade das regras gerais e na necessidade de uma ulterior regulamentação especial; [...] É particular nas remissões com as quais o legislador esperava poder escapar a uma casuística miúda que estes inconvenientes mais se destacam. Além disso, a generalização favorece a perda de unidade do ponto de vista do conteúdo, como hoje se torna patente na nulidade contratual na problemática dos chamados contratos de facto. O obscurecimento dos problemas concretos, objectos de regulamentação, é ainda responsável pela falta de uma regulamentação adequada ao conteúdo prático das relações jurídicas.” (WIEACKER. *História...*, p. 544- 545) Não obstante, as críticas endereçadas por Franz Wieacker, é justamente nesse aspecto, que se revela uma diversidade de estilos entre os referidos códigos, propugnada por Orlando de CARVALHO: o código napoleônico segue a uma disposição das matérias, de feição antropocêntrica, dispondo do homem e seus direitos, para o modo de sua realização, assumindo a forma de uma verdadeira “biografia do homem”. Já o BGB, abdica do “...tradicional livro *Das pessoas*, com que abriam os sistemas jurídicos latinos, em favor de uma ‘parte geral’ em que as pessoas se reduzem a um mero ‘elemento’ da relação jurídica civil, concorre para uma reificação ou desumanização do jurídico cujas seqüelas, como a última história nos mostra, dificilmente tranquilizam qualquer boa consciência. [...] Com todo esse organicismo, tecnicismo e neutralismo, o jurídico resvala num ritualismo epidérmico, sem qualquer designio humano sensível, num conjunto de puras e simples fórmulas virtualmente adaptáveis a todas espécie de substância (porque indiferentes à missão da própria lei).” (*In: Para uma teoria...*, p. 32 e 61) O teor dessas considerações, revelam-se no abuso do direito: a falta de um dispositivo legal sobre o tema no *Code*, remete-o para sua criação jurisprudencial; enquanto no BGB, seu desenvolvimento encontra-se relacionado com disposições de caráter geral, já encontradas no código, não apenas por uma transferência cultural, que se esboça da construção teórica desenvolvida em França, em torno do ato abusivo, mas especialmente, pelo desenvolvimento que lhe foi gerado a partir da cláusula geral da boa-fé (§ 242), relacionada ao estilo deste último diploma legislativo.

¹⁴³ *Ibidem*, loc. cit.

Não se encontra no BGB uma normativa expressa sobre o abuso do direito, o que se fez através de um princípio geral enunciado no parágrafo 226: "O exercício de um direito não é autorizado quando não tenha por objetivo senão de causar prejuízo a outrem."¹⁴⁴ Trata-se de uma concepção restrita,¹⁴⁵ e de difícil configuração prática,¹⁴⁶ ao proibir o exercício de direitos subjetivos que tenham por finalidade exclusiva causar dano a outrem.¹⁴⁷ A intenção de prejudicar é o único elemento a ser perseguido na determinação do abuso do direito, adequando-se esta normativa aos limites do individualismo.

Já o parágrafo 826 impõe a obrigação de reparar a todo aquele que intencionalmente causar dano, infringindo os bons costumes, ao dispor: "Quem causa intencionalmente a outrem um dano de um modo contrário aos bons costumes, é obrigado a reparar o dano."¹⁴⁸ Trata-se de um "limite de ordem legal" que se aplica a qualquer direito subjetivo¹⁴⁹ que, em verdade, amplia o campo de incidência da teoria do abuso do direito.

A disposição do parágrafo 226 é considerada como uma disposição "nascida morta", pois ao entrar em vigor, já se fazia presente a tendência de julgar conforme a boa-fé em tema de abuso do direito,¹⁵⁰ estabelecida no parágrafo 242: "o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa fé, com

¹⁴⁴ Tradução livre de: *"Le exercice d'un droit n'est pas autorisé lorsqu'il ne peut avoir pour but que de causer un préjudice à autrui."*

¹⁴⁵ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 123 ; ANTUNES VARELA, *O abuso do direito* ..., p. 40.

¹⁴⁶ LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte general*. Madri : Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 298.

¹⁴⁷ Ao contrário desta disposição de caráter geral, encontramos no parágrafo 1020 uma disposição de caráter específico, segundo a qual o titular de uma servidão deve acautelar os interesses do titular do prédio serviente, revelando-se como uma forma de abuso do direito, a transgressão desta norma.

¹⁴⁸ Tradução livre de: *"Celui qui cause intentionnellement à autrui un dommage d'une manière contraire aux bonnes mœurs, est obligé de réparer le dommage"*.

¹⁴⁹ ANTUNES VARELA, *O abuso do direito* ..., p. 40.

¹⁵⁰ LEVI, *op. cit.*, p. 6.

consideração pelos costumes do tráfego."¹⁵¹ Este constituir-se-á no mais importante limite ao exercício lícito de um direito, o qual se estabelece pelo princípio da salvaguarda da boa-fé.¹⁵² Embora ele se refira ao cumprimento de deveres resultantes de uma relação obrigacional, fundamenta a restrição ao exercício dos direitos. Revela-se como um "eficaz instrumento de controle do exercício do direito e de balanceamento de interesses contrapostos."¹⁵³

Esta previsão normativa vem exposta em forma de cláusula geral, pois construções deste tipo também nortearam o BGB. E o redimensionamento destas disposições ocorre em face de um desenvolvimento atingido pela jurisprudência alemã, após a primeira grande guerra, que passou a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social,¹⁵⁴ esvaziando de sentido a atividade subsuntiva do juiz.

Após a insuficiência daqueles esquemas que delinearão o ato abusivo pela intenção de prejudicar, restringindo-se à *emulatio*, houve o desenvolvimento da teoria pelo critério da conformidade à boa-fé e aos bons costumes.¹⁵⁵ Este desenvolvimento, sedimentou-se na jurisprudência a partir de casos concretos, o que revela uma evolução na teoria do abuso do direito, que se dá no sentido de um desprendimento de critérios subjetivos, para se fixar em torno de critérios objetivos. Estes mostram-se como mais eficazes, não somente em face de sua amplitude mas a fim de estabelecer a própria autonomia do ato abusivo, em confronto com a ilicitude.

O BGB alemão, defendido por uns e combatido por outros,¹⁵⁶ estendeu sua

¹⁵¹ Tradução de: MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...*, p. 325.

¹⁵² LARENZ, *Derecho* ..., p. 300.

¹⁵³ LEVI, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵⁴ WIEACKER, *História...*, p. 546.

¹⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...*, p. 688.

¹⁵⁶ É o que se constata da afirmação de Franz WIEACKER, exaltando-o em seus aspectos positivos. (*História...*, p. 549). Ao contrário de outros, como Orlando de CARVALHO (*Para uma teoria...*, *passim*), que criticam duramente, sua disciplina abstrata, distante da vida, que coloca o homem ao limbo do direito, mas ressaltando uma disciplina antropocêntrica no Código Francês, quando em verdade, ambos os códigos servem aos interesses da burguesia do século XIX.

influência sobre grande parte das codificações que se seguiram na Europa. No entanto, tal influência mostrou-se mais intensa nos países da América do Sul e do extremo Oriente Asiático, dado seu caráter abstrato.¹⁵⁷ E isto pode ser constatado, pela disciplina normativa que o abuso do direito recebe nesses diplomas legislativos.¹⁵⁸

A meio caminho entre a jurisprudência francesa e a normativa alemã, encontra-se o Código suíço de 1907. Este revela-se como a segunda codificação pandectística da Europa, mas não se limita a uma réplica melhorada do BGB.¹⁵⁹ Há uma diferença entre ambos que se faz sentir, especialmente, no "trabalho criador de um único e importante artesão do direito, que se encontrava em sintonia com sua nação, pois representava as suas peculiaridades mais notáveis."¹⁶⁰

Esta diversidade se faz clara, ao ser transposta para o abuso do direito. Ao contrário daqueles códigos que expressam a teoria em face de um critério subjetivo, a noção do instituto aplica-se em abandono àquela forma restrita mediante o acolhimento do princípio da boa-fé. Tal qual a disposição alemã,¹⁶¹ e formando-se sob o influxo desta, encontra-se o abuso do direito através de uma cláusula geral que restou consignada no artigo 2º: "O abuso manifesto de um direito não é

¹⁵⁷ WIEACKER, *História...*, p. 550.

¹⁵⁸ Entre as codificações latino-americanas, o Código peruano de 1936 foi o primeiro a utilizar expressamente o termo "abuso do direito", em contradição com outras codificações de países próximos, as quais não se referiram de modo expreso à figura. Este é o caso do Código cubano de 1988, ou do guatemalteco de 1964, e do mexicano que inspira-se no critério subjetivo esboçado pelo BGB.

Com a reforma de 1968, o Código argentino passa a conter expressamente a proibição do abuso do direito, que se expressa nos critérios da finalidade, da boa-fé e dos bons costumes, em oposição às disposições individualistas contidas no código anterior, em seu artigo 1071, ao dispor: *"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."* (SESSAREGO, *op. cit.*, p. 245).

¹⁵⁹ WIEACKER, *História...*, p. 566.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 566.

¹⁶¹ Trata-se do parágrafo 242 do BGB; MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...*, p. 688.

protegido pela lei."¹⁶² Em seu deslinde, o Código suíço estabelece uma fórmula geral do abuso do direito,¹⁶³ através do conceito de "abuso manifesto". Trata-se de uma fórmula que deixa espaço ao prudente arbítrio do juiz, para decidir segundo o caso concreto, dotando de vitalidade o Direito positivo.¹⁶⁴

No âmbito das codificações tardias, dentre aquelas que se elaboraram no período de pós-guerra, afirma MENEZES CORDEIRO¹⁶⁵ que se verifica uma decadência do abuso do direito. E tal fato seria justificado pelo Código italiano de 1942, que não traz qualquer cláusula geral que condene o ato abusivo.

Ocorre que no *Codice Civile* não há qualquer norma expressa com vistas a contemplar o abuso do direito. Há apenas dispositivos esparsos, os quais referem-se aos atos emulativos, no artigo 883: "O proprietário não pode praticar atos os quais não tenham outro objetivo que o de causar dano ou provocar moléstia a outrem."¹⁶⁶ E à boa-fé, no artigo 1175: "Comportamento segundo a 'correteza'".¹⁶⁷ O devedor e o credor devem comportar-se segundo a regra dessa 'correteza'.¹⁶⁸ Assim, não se verifica ausência da proibição do abuso do direito, mas que ela se encontra revestida sob a forma de "princípio geral do ordenamento jurídico", o qual se conjuga com a figura da *exceptio doli* e o princípio da boa-fé e *correteza* na execução do contrato.¹⁶⁹

¹⁶² Tradução livre de: "Art. 2º *L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*".

¹⁶³ Reputa-se que no Código soviético de 1922, encontrava-se a formulação mais perfeita no sentido de limitação geral ao abuso do direito, segundo CUNHA DE SÁ. Nele, acolhe-se um critério objetivo, segundo o qual não são protegidos os direitos exercidos de modo contrário à sua destinação econômica e social. (*Op. cit.*, p. 68)

¹⁶⁴ WARAT, *op. cit.*, p. 86-87.

¹⁶⁵ Da boa fé..., p. 688.

¹⁶⁶ Tradução livre de: "*Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*".

¹⁶⁷ *Corretezza*: comportamentos segundo as boas regras da moral e da educação cívica. (In: DEVOTO, Giacomo; OLI, Gian Carlo. *Dizionario della lingua italiana*. 23 ed. Firenze: Le Monnier, 1989. p. 598)

¹⁶⁸ Tradução livre de: "*Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore comportarsi secondo le regole dessa correttezza*".

¹⁶⁹ ALPA, Guido. *I principi generali*. Milano : Giuffrè, 1993, p. 413-414 ; CATANEO,

Em atenção à segunda onda de codificações, verifica-se que contrariamente ao Código português de 1867, o qual não consagrava qualquer de seus preceitos ao abuso do direito,¹⁷⁰ o diploma legislativo de 1966 reserva-lhe lugar próprio, no artigo 334º, ao dispor: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito." Trata-se de um preceito localizado na parte geral, que encontrou inspiração no artigo 281 do Código grego, acolhendo um critério objetivo para determinação do ato abusivo. Isto significa, que não há necessidade de consciência de que aqueles limites são excedidos, no exercício de um direito.¹⁷¹

A contraposição de sistemas,¹⁷² ora revelada em uma procura de critérios para a determinação do abuso do direito, encontra tradução em uma construção teórica esboçada em suas entrelinhas para disciplinar o patrimônio, mas que a cada dia acha-se mais insuficiente para tutelar o sujeito. Nesta perspectiva, a teoria do abuso do direito coloca-se em conformidade com as vestes de uma

Giovanni. **Buona fede obbiettiva e abuso del diritto**. Milano, a. 25, 1971. p. 61. Santoro PASSARELLI justifica a falta de menção ao abuso do direito no Código italiano, por se tratar de uma figura especial de ato ilícito, restando eliminada, em face de um limite geral e interno, que é o princípio da solidariedade, que se acolhe para o direito subjetivo, presente na proibição dos atos emulativos, o dever de lealdade e boa-fé e o respeito à confiança. (**Doctrinas generales del derecho civil**. Madrid : Rev. Derecho Privado, 1964. p. 76)

¹⁷⁰ Não obstante a referida ausência, a figura do abuso do direito já encontrava-se admitida pela jurisprudência portuguesa, e vozes discordantes atentavam para uma consagração implícita daquela teoria, em vários preceitos do Código de Seabra. (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 114-115)

¹⁷¹ LIMA, Fernando Andrade Pires de ; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Código civil anotado**. 4. ed. Coimbra : Coimbra, v. 1. p. 298.

¹⁷² Nos países da *common law*, encontra-se uma tradição jurídica diversa, pela qual o Direito não se acha esculpido em códigos, mas pelo "conjunto das regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução dos litígios." (DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo : Martins Fontes, 1997. p. 3.) Nesta perspectiva, ao contrário de um sistema esculpido pela codificação, delineando-se como fechado, encontram-se na *common law*, um sistema aberto, reconhecido por seus juristas, como sempre em vias de elaboração, por isso, inacabado. (*Ibidem*, p. 14.) Com efeito, ao percorrer a jurisprudência inglesa, em busca do abuso do direito, sobressalta o caráter altamente individualista deste sistema, não se encontrando decisões que consagrem a referida teoria. Antoine BARDESCO identifica que a maioria das decisões dos países anglo-saxões são diametralmente opostas à noção de abuso do direito (*op. cit.*, p. 186). No entanto, atualmente, manifestam-se tendências em sentido contrário, configurando-o, a um tempo, pela intenção de prejudicar, a outro, em seu aspecto objetivo, com desvio do fim social ou pela ruptura do equilíbrio de interesses sociais em presença (CAMPION, L.. **La théorie de l'abus des droits**. Paris : LGDJ, 1925. p. 235-236).

repersonalização do Direito Civil, a qual tem se colocado no centro das atuais reflexões jurídicas. Cumpre, contudo, retratar mais de perto referida figura, com vistas a delineá-la em sua construção teórica, a qual não revela apenas uma contraposição de sistemas, mas de ideologias.

2 AS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS DO ABUSO DO DIREITO

2.1 DA NEGAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO À NEGAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO: O PENSAMENTO DE DUGUIT, PLANIOL E RIPERT

Em meio à construção científica delineada em torno do abuso do direito, encontramos as mais variadas teses: algumas cogitam de sua existência, enquanto outras, deixam de lado indagações desta ordem, para se ater aos critérios utilizados para sua determinação, delineando-o em sua concepção autônoma. Toda esta diversidade ressalta, o que Pietro RESCIGNO observou sobre o tema: nele, encontram-se e medem-se com particular evidência, as diversas ideologias dos juristas.¹

Em conformidade com esta afirmação, parte-se das teses que procuram negá-lo. Esta proposição encontra-se afirmada sobre duas premissas: a da negação do direito subjetivo e a defesa de seu caráter "absoluto".

Dentre os primeiros, encontramos Duguit e Kelsen, os quais negam a existência do direito subjetivo. Para isso, fundamentam-se no positivismo, o qual se revela de vertente sociológica para um e normativista para outro. Desconsideram que o homem seja anterior ao Estado, idéia esta, essencial para compreensão do direito subjetivo, mas perfeitamente condizente com a afirmação que o direito objetivo é prevacente.²

Duguit utiliza-se do método realista, pelo qual o Direito constitui-se da observação dos fatos e de uma solidariedade social, cuja base encontra-se na norma social, a qual se transforma em norma jurídica.³ Isto leva-o à negação das noções jurídicas que se revelem como metafísicas e que a regra do Direito impõe-se independente de qualquer intervenção do Estado, pois o legislador não é seu

¹ **L'abuso del diritto**. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 11.

² AMARAL, Francisco. **Direito Civil** : introdução. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 183.

³ IONESCU, Octavian. **La notion de droit subjectif dans le droit privé**. Bruxelles : Bruylant, 1978. p. 35-36.

criador.

O direito subjetivo não passaria de uma "quimera", afirma DUGUIT, revelando seu desejo de bani-lo da ciência jurídica.⁴ O teor desta afirmação negadora, encontra fundamento na luta contra o individualismo e na crítica à vontade enquanto essência metafísica daquela prerrogativa individual.⁵

Trata-se de negar à vontade, a preponderância em relação aos demais indivíduos, estabelecida pelo direito subjetivo. O indivíduo acha-se apenas em "situações jurídicas subjetivas", definidas como "a regra objetiva ela mesma vista sob seu aspecto subjetivo, e tanto que é aplicada ao indivíduo [...] O indivíduo é simplesmente situado em relação à regra, ativamente ou passivamente".⁶ Assim, elas não consagram os poderes dos homens sobre os homens, mas simples funções sociais, evidenciando um solidarismo presente em suas afirmações,⁷ traduzindo-se na pretensão de substituição do subjetivismo pelo objetivismo.⁸

⁴ IONESCU, *op. cit.*, p. 31.

⁵ Tais afirmações, podem ser corroboradas por suas palavras, ao afirmar: "*Mais cette doctrine (la conception a priori des droits naturels subjectifs) n'est pas moins fausse et contraire aux besoins et aux aspirations des sociétés modernes. Elle est fausse en soi, parce qu'elle part d'une hypothèse indémontrée et indémontrable, l'homme naturel et isolé, parce qu'elle voit dans la société un fait secondaire et volontaire, quand la volonté est un fait primaire et spontané, parce qu'elle n'aperçoit qu'un seul élément de la nature humaine, l'élément individuel; or, l'homme est à la fois individuel et social, et ces deux caractères sont absolument inséparables et forment l'homme même. La doctrine individualiste est contraire aux aspirations et aux besoins modernes, parce que l'homme moderne a précisément la conscience claire de son double caractère individuel et social.*" (DUGUIT citado por Octavian IONESCU, *op. cit.*, p. 39)

⁶ GHESTIN, Jacques. *Traité du droit civil : introduction générale*. 4. ed. Paris : LGDJ, 1994. p. 130.

⁷ "Entre os juristas notamos o grande nome de DUGUIT. É inegável que DUGUIT, na fase mais madura de seu pensamento, baseou seu sistema sobre a interdependência social, ou seja, sobre uma espécie de solidarismo. No entanto, é preciso observar que ele se distingue de outros solidaristas, pois não atribui um valor moral à solidariedade, considerando que ele não é 'uma afirmação a priori, mas uma constatação positiva.' [...] Assim, Bouglé, observou que Duguit propunha, para a regra do direito, um fundamento objetivo: 'A ordem pública deve ser organizada de maneira que cada um possa exercer sua função social, em conformidade com as exigências da solidariedade'". (ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre : S. Fabris, 1991. p. 61).

⁸ IONESCU, Octavian, *op. cit.*, p. 42-43. Mister se faz esclarecer pelas próprias palavras de DUGUIT: "Estabelecido o direito objetivo na solidariedade social, o direito 'subjetivo' daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo indivíduo obrigado pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, resulta que ele tem o 'direito' de praticar todos aqueles atos com os quais coopera na solidariedade social, refutando, por outro lado, qualquer obstáculo à realização do papel social que lhe cabe. O homem em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas

A consequência inevitável de suas afirmações em torno da negação do direito subjetivo, é a própria negação do abuso do direito. Eis que para DUGUIT, agir conforme o direito não é exercer um direito subjetivo, e praticar um ato cujo fim é ilícito é violar o próprio direito objetivo.⁹ Deste modo, ele não hesita em afirmar que a maior prova de falsidade do direito subjetivo é o abuso do direito.¹⁰

Entre as críticas empreendidas à tese de Duguit, está a que este autor não procedeu a uma negação do direito subjetivo. Trata-se apenas de uma substituição de conceitos, que se faz entre direito subjetivo e "situações jurídicas subjetivas".¹¹

Por outro, lado, ao se constatar que para aquele autor, a atividade do indivíduo reduz-se a deveres, fazendo com que ele exerça uma função social,¹² poderia se dizer que a teoria do abuso do direito não é negada de todo, por Duguit. Trata-se de entender a função social, não como um obstáculo ao direito subjetivo, mas como verdadeiro pressuposto para seu exercício.¹³ Semelhante idéia torna-se ainda mais clara, quando se recorre às considerações ideológicas que estão nas entrelinhas de suas afirmações, as quais podem ser resumidas na luta contra o individualismo. Eis que é exatamente como reação a este último, que se compreende a referida teoria, correspondendo às influências solidaristas ou socialistas que invadem o Direito, em fins do século XIX.

O suporte de tais afirmações, pode ser encontrado nas palavras de

pela sua qualidade de homem; são poder que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las. Esses princípios diferem da concepção de direito individual. Não são os direitos naturais, individuais, imprescritíveis do homem que fundamentam a regra de direito imposta aos homens em sociedade. Mas, ao contrário, porque existe uma regra de direito que obriga cada homem a desempenhar determinado papel social, é que cada homem goza de direitos - direitos que têm assim, por princípio e limites, o desempenho a que estão sujeitos." (DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. São Paulo : Ícone, 1996. p. 27-28)

⁹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **O abuso do direito**. Lisboa : Petrony, 1973. p. 298.

¹⁰ *Ibidem*, p. 294.

¹¹ Este é o posicionamento de Jean Dabin e Octavian Ionescu, para quem a divisão em situações jurídicas objetivas e subjetivas, revelam nesta última, o teor metafísico negado por Duguit.

¹² Indaga Octavian IONESCU (*op. cit.*, p.51), se a teoria de Duguit não corresponderia aos interesses da humanidade em substituir o sistema de direitos subjetivos pelo de funções sociais. Eis a resposta negativa, daqueles que afirmam ser o direito subjetivo, propício ao desenvolvimento da personalidade, proporcionado pela liberdade.

¹³ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 305.

Francisco AMARAL, ao afirmar que: "Não obstante, o positivismo sociológico, ao ressaltar a contingência social que envolve o indivíduo, contribuiu gradualmente para a teoria dos limites dos direitos subjetivos em que se destacam o abuso do direito, a função social da propriedade e as limitações de ordem pública ao exercício da autonomia privada."¹⁴

Além disso, a teoria do abuso do direito, resulta como "princípio geral" construído pela jurisprudência, a partir de casos concretos. Este teor vem ao encontro da metodologia do positivismo sociológico de Duguit, isto é, o método realista, em que o Direito deriva da observação dos fatos sociais e não de figuras imaginárias,¹⁵ entre as quais estaria o direito subjetivo.

Nesta perspectiva, a teoria de Duguit expressa algo que vem a ser reconhecido pela teoria do abuso do direito: a necessidade de se impor limites às liberdades individuais, expressas de modo exacerbado pelo direito subjetivo. Assim como o abuso do direito age na inversão da primazia do direito subjetivo sobre o objetivo, encontra-se este autor, ao afirmar que o homem não prepondera ou preexiste ao Estado.

A teoria de Hans Kelsen nega o direito subjetivo de forma mais atenuada.¹⁶ Em sua teoria pura do direito, ele tende a destituir do Direito, todos os elementos que lhe pareçam estranhos.¹⁷ E, uma vez que o direito é essencialmente normativo, a norma jurídica, em seu caráter essencialmente formal é seu problema central, de

¹⁴ **Direito civil...**, p. 183.

¹⁵ AMARAL., **Direito Civil ...**, p. 181.

¹⁶ IONESCU, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷ Neste sentido, aduz Roubier, que "a idéia que serve de base à escola de Kelsen é aquela segundo a qual somente se pode construir uma doutrina pura do direito fazendo-se abstração dos elementos tomados das disciplinas próximas, em particular dos princípios da moral e dos postulados da prática: o jurista, a seu ver, não deve preocupar-se com a moral, nem com a política, cumprindo-lhe, antes, considerar o direito tal qual ele é e indagar se as suas regras foram, ou não, observadas segundo os termos em que as fixou a autoridade competente. A teoria do direito há de ser, de certo modo, uma geometria das regras jurídicas, pois consiste em obra da razão pura, fundada em noções formais e *a priori*, que eliminam os dados da experiência. Pode-se sem dúvida, estudar o conteúdo do direito, mas, assim, far-se-á *política* e *não direito*." (*apud* RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. São Paulo : RT, 1997, v. 2. p. 570 - nota de rodapé n. 19).

tal modo, que somente é válido o direito positivo.¹⁸ Em sua doutrina, convém dizer que o Estado assimila-se ao Direito, tornando este último sua criação exclusiva, o que elimina qualquer dualismo entre direito objetivo e direito subjetivo.

Nesta perspectiva, o Direito é essencialmente e tão somente objetivo, não restando lugar para o direito subjetivo, pois este não se faz presente nem contra o Estado nem contra outros indivíduos. E isto ocorre porque ele não existe enquanto "poder da vontade" ou "interesse juridicamente protegido".¹⁹ Em um mundo jurídico reduzido à contraposição entre o "ser" e o "dever-ser" como propugnado por sua teoria pura do direito, somente existem normas jurídicas, que ao se dirigir aos indivíduos, atribuem encargos e prerrogativas, de modo que, a personalidade do sujeito é uma síntese delas enquanto aplicadas ao homem.²⁰ Assim, "toda regra de direito estabelece por consequência uma obrigação jurídica, mas não um direito subjetivo individual, este que é um outro aspecto, mais estrito, do direito sob seu aspecto subjetivo."²¹

O teor destas afirmações, conduzem Octavian IONESCU, a propugnar por uma negação mais atenuada do direito subjetivo, presente em Kelsen. Trata-se de utilizar o termo, não substituindo-o por outro, como verificou-se em Duguit, mas admitindo-o como uma individualização da regra do Direito, concebendo-o sob o prisma do estatismo.²²

¹⁸ IONESCU, *op. cit.*, p. 62-63.

¹⁹ RÁO, *op. cit.*, p. 569.

²⁰ *Ibidem*, p. 570-571.

²¹ Tradução livre de: "*Tout règle de droit établit par conséquent une obligation juridique, mais non pas un droit subjectif individuel, ce qui est un autre aspect, plus étroit, du droit sous son aspect subjectif*". (IONESCU, *op. cit.*, p. 66)

²² "*Donc, le fait que Kelsen emploie le terme de droit subjectif est pour nous une atténuation de la doctrine qui nie le droit subjectif, malgré l'étatisme exagéré de cet auteur. Voici un passage de son 'Aperçu'*:"

'Par 'droit subjectif', il faut entendre avant tout la règle de droit dans son application à tel ou tel individu, c'est-à-dire l'obligation juridique qui pèse sur lui d'adopter une conduite contraire à celle que sanctionne la conduite instituée par la règle'.

Kelsen va plus loin. Dans son 'Aperçu', il consacre tout un paragraphe à la question des droits subjectifs. Il fait des classifications, comme s'il s'agissait des réalités juridiques.

Notre conclusion est que si la doctrine de Kelsen est fermement négative dans sa partie théorique, elle l'est dans ses applications beaucoup moins que celle des auteurs précédemment

Portanto, semelhante teoria, que conta com a pureza conceitual exigida do jurista, conduzirá à negação do direito subjetivo, e conseqüentemente, à desnecessidade de qualquer construção que lhe estabeleça limites como a que se refere ao abuso do direito.

Se a negação do abuso do direito ocorre em Duguit e Kelsen, em face da negação do direito subjetivo, de modo diametralmente oposto, encontramos aqueles que negam-no, não obstante afirmarem a existência do direito subjetivo.

Semelhante idéia, poderia parecer contraditória, entretanto, ela se justifica pelo teor subjetivista presente em autores como Planiol, em contraste com o objetivismo das teses daqueles primeiros autores.

A atitude dos juristas em relação às primeiras decisões encontradas na jurisprudência francesa sob a denominação de abuso do direito, foi no sentido de reduzi-lo a uma das categorias dogmáticas já existentes no ordenamento jurídico, como à "carência ou falta de direito", "ilícito da responsabilidade civil comum" ou "ilegalidade em geral".²³

Ocorre que tais teorias negam toda a autonomia dogmática da referida figura, alargando-se o quadro tradicional de figuras como ilícito. Esta atitude, extremamente conservadora, guarda consigo um comprometimento com a "lógica-conceitual", pois a idéia de abuso do direito rompe com a lógica do sistema de cariz iluminista, liberal e individualista. Mais do que isto, rompe com o caráter absoluto impresso ao direito subjetivo.²⁴

étudiés, malgré son étatisme prononcé." (IONESCU, *op. cit.*, p. 70).

²³ "Ao deparar-se-lhe este problema a sua primeira atitude foi a de tentar reconduzi-lo ao plano em que tradicionalmente pensava todos os problemas jurídicos - ao plano simplesmente categorial-dogmático - e de tentar reduzi-lo mesmo, numa atitude ainda mais conservadora, ao quadro das estruturas disponíveis ou já elaboradas. A questão dogmaticamente considerada, traduzia-se em discutir a autonomia do instituto e do conceito do abuso do direito relativamente aos institutos e aos conceitos jurídicos próprios da 'carência do direito', do 'ilícito' da responsabilidade civil comum ou da 'ilegalidade' em geral. Os casos de abuso do direito seriam, afinal, tão-só casos em que se ultrapassavam os limites definidores do direito aparentemente exercitado - casos, pois, de comum ilegalidade ou, mais restritamente, de responsabilidade civil - ou, pelo contrário, punham-nos perante uma figura dogmática autónoma, a impor um alargamento do quadro tradicional dos conceitos discriminadores do ilícito?" (CASTANHEIRA NEVES. **Questão-de-fato-questão-de-direito ou problema metodológico da juridicidade**. Coimbra : Almedina, 1967, v. 1. p. 514).

²⁴ *Ibidem, loc. cit.*

Nesta perspectiva, apresenta-se a tese de Planiol, que fundamenta-se na contrariedade lógica do abuso do direito. Sua doutrina repousa sobre a insuficiência de sua linguagem, ao taxá-lo de uma "logomaquia", propiciada pela contradição entre "abuso" e "direito".²⁵ PLANIOL justifica a incompatibilidade mencionada, pelo argumento de que um ato não pode ser ao mesmo tempo, conforme e contrário ao Direito. Se há exercício deste último, não pode haver qualquer responsabilidade por isso, já que se trata de um ato lícito. No entanto, se o agente ultrapassa o exercício de um direito, verifica-se um excesso, de modo que passa a atuar sem Direito. A partir de então, configura-se como ilícito, cuja consequência imediata não pode ser outra, senão a responsabilidade. Portanto, "o direito cessa onde o abuso começa",²⁶ o que faz com que todos os atos delineados pela jurisprudência como abusivos, configurem-se, em verdade, como "excesso de direito", não importando que a intenção de quem o produz seja ilícita.

No entanto, há que se ressaltar que a insatisfação em torno da linguagem "abuso do direito," não é apenas encontrada em seus adversários como Planiol, mas também encontra-se presente entre um de seus maiores entusiastas, como o foi JOSSERAND. Inicialmente, este último critica a tese de Planiol, mas acaba por concluir que a responsável por este jogo de palavras, representado pela elasticidade do termo "direito", é a pobreza da terminologia jurídica e, por isso, melhor seria falar em "desvio do direito" ao invés de abuso do direito.²⁷ Do mesmo modo, SALEILLES, um subjetivista francês, que também se mostrou adepto da nova teoria, denomina a terminologia de incorreta, pois o abuso do direito nada mais é

²⁵ MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 28.

²⁶ E PLANIOL justifica a contradição por ele apontada, por suas próprias palavras: "Fala-se facilmente de uso abusivo de um direito, como se esta expressão tivesse um sentido claro e preciso. Mas é necessário não nos iludirmos: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito." Tradução encontrada em Pedro Baptista MARTINS da seguinte passagem: "*On parle volontiers de l'usage abusif d'un droit, comme si ces deux mots avaient un sens clair et certain. Mais il ne faut pas en être dupe: le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir l'usage abusif d'un droit quelconque, parce qu'un même acte ne peut pas être tour à la fois conforme et contraire au droit*" (Apud MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 25).

²⁷ *De l'esprit des droits e leur relativité*. Paris : Dalloz, 1927. p. 313.

do que uma limitação do conteúdo do direito.²⁸

Na mesma linha de pensamento, DESSERTAUX denominando de lógica, a contradição apontada por Planiol, propugna a substituição do abuso do direito pela teoria do "conflito de direitos", pois tratar-se-ia de um conflito de direitos incompatíveis entre si e igualmente protegidos. Sua tese fundamenta-se na lesão ao direito de outrem, pois somente quando verifica-se esta última, há responsabilidade, ainda que o ato tenha sido praticado com a intenção de prejudicar. A vantagem de semelhante substituição, estaria em limitar o arbítrio do juiz, e por isso, não incorrer em uma limitação arbitrária de direitos consagrados pelos legislador, por não encontrar base em um princípio jurídico autorizado pelo direito positivo.²⁹

No entanto, diversos autores empenham-se em apontar a inexatidão dessas teses, que se fundamentam em uma contradição lógica da nova figura, o que pode ser revelado pela distinção entre abuso do direito e "falta" ou "excesso" de direito.³⁰ Enquanto esta é uma teoria pré-constituída, cujos limites objetivos do direito são precisos, aquele se revela como uma noção elástica, que atua na adaptação do direito às necessidades sociais sem a intervenção do legislador. Além disso, há diversidade quanto à sanção, pois enquanto o ato cumprido sem direito leva à responsabilidade de seu autor, independente da idéia de prejuízo, o ato abusivo não se revela como objetivamente injusto, necessitando da configuração do dano para que gere a responsabilidade, caso contrário, a má intenção não exteriorizada é

²⁸ *Apud* JOSSERAND, *De l'esprit...*, p. 312. Também encontra-se a preferência por outra denominação em outros defensores da teoria como CAMPION, para quem deve denominar-se de "exercício anti-social do direito" ao invés de abuso do direito (*La théorie de l'abus des droits*. Paris : LGDJ, 1925. p.294). Na doutrina brasileira, podemos encontrar a crítica de Pedro Baptista MARTINS ao afirmar o quanto a denominação "abuso do direito" mostra-se adequada, ao opinar que ela traduz com fidelidade o exercício imoderado de um direito (*op. cit.*, p. 27-28). Já Fernando NORONHA, aduz que Planiol tinha razão ao identificar a natureza contraditória do abuso do direito, entretanto, ele não fez mais do que contribuir para seu esclarecimento (*O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 169).

²⁹ DESSERTAUX, Marc. *Abus de droit ou conflit de droits*. Paris, t. 5, 1906. p. 121-125. Sua teoria restou combatida por Demogue, ao ressaltar este que a expressão "conflito de direitos" também não fugiria a uma reprovação contraditória, porque a lei não pode admitir que dois direitos sejam inconciliáveis. (*Apud* MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 27)

³⁰ Esta distinção encontra-se delineada, entre outros, por BARDESCO (*L'abus du droit*. Paris: Giard & Brière, 1913. p. 248) e JOSSERAND (*De l'esprit ...*, p. 76-77).

incapaz de gerá-la.

Não obstante as diferenças aduzidas, a teoria de Planiol insiste em equiparar o abuso à "falta de direito", equiparação esta que resulta da influência do pensamento positivista,³¹ justificado pela impossibilidade de se considerar um ato como conforme e contrário, ao mesmo tempo, ao Direito. E a consequência desta proposição, encontra-se, ao afirmar Virgilio GIORGIANNI, ser evidente que Planiol não considera o abuso do direito como categoria distinta do ato ilícito, pois ele é uma convergência deste último e do ato abusivo como classe de atos contrários ao Direito, que vêm assumidas com plena identidade de caracteres entre um e outro.³²

Planiol encontrou em Josserand seu principal adversário, ao negar a existência da teoria do abuso do direito, pois assim como Duguit insiste em substituir o direito subjetivo pelo conceito de "situações jurídicas", aquele insiste em substituir abuso do direito por "falta de direito". As afirmações formuladas por Josserand, imprimem à tese de Planiol, uma crítica de forma, porque desconsidera a dicotomia entre direito objetivo e subjetivo. É justamente esta dicotomia, que justifica o abuso do direito como ato conforme a este último, mas contrário àquele.

O enquadramento do ato abusivo como "excesso" ou "falta de direito", inaugura com Planiol, uma nova forma de se negar o abuso do direito. Ao proceder a uma análise dos casos concretos delineados pela jurisprudência, para apontar a referida contradição, na qual se fundamenta, traz mais um dado à sua teoria: mesmo diante da adversidade imputada à nova figura, não negligencia seu dado prático e teórico enquanto sua expressão. Trata-se de concebê-lo como ato ilícito, enquadrando-o na teoria clássica da responsabilidade civil.³³

³¹ É o que aduz ANTUNES VARELA: "O abuso do direito constitui vício *típico*, essencialmente distinto da *falta* do direito. Durante muito tempo, no entanto, por influência do pensamento positivista, se equiparou o abuso à falta do direito." (*Das obrigações em geral*, 9ª ed. Coimbra: Almediana, 1996. v. 1. p. 538 - nota de rodapé)

³² *Op. cit.*, p. 80-81.

³³ Aduz Virgílio GIORGIANNI a respeito de Planiol, que "*...egli se trovi indotto a ricondurre questa particolarissima figura giuridica nell'ambito dei principi della teoria della responsabilità tramandati dalla tradizione dottrinale, concludendo le sue considerazioni sull'abuso con l'affermazione secondo cui, posto che i diritti soggettivi sono 'limités dans leur étendue et soumis par leur exercice à des conditions diverses', e che l'abuso del diritto 'sort de ces limites', ovvero manca a 'ces conditions', ponendosi per ciò stesso in rapporto di 'contrarietà' col diritto, non potrebbe costituire*

Além disso, esta formulação encontra-se afeita a uma determinada concepção de direito subjetivo, que em Planiol delineia-se como área exclusivamente destinada ao seu titular.³⁴ A afirmação segundo a qual "o direito cessa onde o abuso começa", é traduzida em pensar o direito subjetivo como algo "absoluto", retirando-lhe qualquer alternativa de abuso do direito.³⁵ Portanto, esta visão de Planiol, a ponto de negá-lo é influenciada por uma concepção individualista³⁶ de direito subjetivo, que insere-se no contexto político, econômico e social instaurado pela modernidade.³⁷

Na esteira de Planiol, encontra-se Emmanuel LÉVY, representando um momento de transição entre aqueles que negam o abuso do direito e aqueles que o admitem. Se em um primeiro momento, este autor reputa como inútil e perigoso o enquadramento dos atos sem direito na teoria da responsabilidade civil, acaba por aceitá-los, configurando-os como um caso de ruptura da confiança legítima de outrem, tal qual como a culpa.³⁸

Na mesma linha de considerações, ESMEIN entende como inconcebível condenar alguém às perdas e danos pelo exercício de um direito. Ao se utilizá-lo para violar ou impedir o de outrem, não poderia se configurar em outra coisa, senão em ato ilícito. Assim, em conformidade com a teoria anteriormente esboçada, o ato

che un illecito, cioè un agire 'sans droit' ." (L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica. Milano : Giuffrè, 1963. p. 82).

³⁴ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 325.

³⁵ *Ibidem*, p. 327.

³⁶ GIORGIANNI, Virgilio, *op. cit.*, p. 82.

³⁷ Por isso, afirma com razão, CASTANHEIRA NEVES: "Poderá mesmo dizer-se que os direitos subjectivos de raiz iluminista-liberal e individualista permitem um tratamento lógico puro não porque são ideologicamente absolutos, antes são absolutos porque são pensados como puras idealidades lógicas - aliás, todo o iluminismo e liberalismo jurídicos são um conceitualismo e, portanto, um logicismo. Ora nesse plano das categorias absolutas, em que uma posição só pode articular-se com a sua contraditória, posto que não há pontos intermédios entre o 'sim' e o 'não', não haveria certamente lugar autónomo para o abuso do direito, já que a existência (absoluta) do direito e a ausência (também absoluta) do direito, a afirmação e a negação, esgotam as coordenadas possíveis do universo lógico. Por isso, ou neste espírito, é que PLANIOL - e muitos outros com ele - pôde ver já na própria fórmula 'abuso do direito' demonstrada a impossibilidade da sua autonomia dogmática." (Questão..., p. 514-515.)

³⁸ CAMPION, *op. cit.*, p. 269 ; MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 29.

abusivo não passaria de um "excesso" ou "falta de direito".³⁹

Esta recusa manifestada por Esmein apóia-se na crítica de seu aspecto intencional, pois proporcionar a investigação dos motivos que levaram o agente a exercer seu direito de modo abusivo, transformariam o juiz em um censor. Este perigo de arbítrio judicial, tão temido pelo autor mencionado, nada mais é do que uma conseqüência da separação entre Direito e moral, tal como herdada do jusnaturalismo, não se admitindo que ambas as esferas possam se tocar. Então, refere-se ESMEIN, a um perigo presente no abuso do direito, a confusão entre Direito e moral.⁴⁰

As teorias apresentadas por estes autores, no espírito das considerações de Planiol, enquadram-se em uma nova maneira de negar o abuso do direito: concebê-lo como "falta" ou "excesso de direito". Entretanto, isto ocorre, por não ser possível admiti-lo como figura nova, então, trata-se de enquadrá-lo em alguma construção jurídica já existente, como forma de não admiti-lo em sua autonomia dogmática, como aduz CASTANHEIRA NEVES:

Quer dizer, a pureza metódica salvava-se reduzindo o problema a um mera questão de palavras. Pois afirmar que os casos de abuso de direito são também casos de carência de direito, quando é certo que em tudo juridicamente se distinguem dos casos conceitualmente ilegais - não é mais do que cobrir com uma mesma palavra o que é distinto, identificar *ex verbis* o que é materialmente (juridicamente) diferente. Ou então, ao pretender-se abranger assim um problema novo com uma posição dogmática tradicional, [...] *sem o preço de uma quebra de 'princípios': reconhecendo-se embora o problema do abuso do direito no plano jurídico-normativo, nem por isso se hesita em negá-lo no plano lógico-dogmático, uma vez que não era assimilável pelo sentido lógico-absoluto e tradicional do conceito de direito subjetivo* [grifo nosso].⁴¹

Em consideração a esta ordem de idéias, percebe-se que o elemento moral presta-se tanto, para fundamentar as teorias de seus adversários, como daqueles

³⁹ Neste sentido, CAMPION, *op. cit.*, p. 267.

⁴⁰ Semelhante justificação encontra críticas de JOSSERAND ao afirmar: "*Nous répondrons qu'à notre sentiment ces frontières n'ont jamais existé que dans l'imagination des juristes, ou de bon nombre d'entre eux du moins: toujours elles furent incertaines et chimériques, et toujours, et de plus en plus, elles demeureront telles.*" (De l'esprit..., p. 324)

⁴¹ CASTANHEIRA NEVES. *Questão...*, p. 517-518.

que lhe são adeptos.

Nesta perspectiva encontra-se Mario ROTONDI, que embora condene o abuso do direito como categoria jurídica, admite-o como "fenômeno sociológico".⁴² Este autor entende o ato abusivo como incompatível com os conceitos de direito subjetivo, responsabilidade e interesse, e com os fundamentos do sistema jurídico. Em face da cisão existente entre Direito e sociedade, as transformações engendradas nesta última, poderiam tornar incompatíveis as regras estabelecidas por aquele, quanto ao que seria considerado como lícito e justo. Assim, o abuso do direito nada mais é do que uma categoria metajurídica, que serve à transformação progressiva do Direito,⁴³ ou como denomina, com suas próprias palavras, um "fenômeno social":

...abuso do direito é um fenômeno social não um conceito jurídico, pelo contrário um daqueles fenômenos que o direito não poderá mais disciplinar em todas suas aplicações que são imprevisíveis: é um estado de ânimo, é a avaliação ética de um período de transição, é aquilo que se quer, mas não uma categoria jurídica, e isto 'pela contradição que não o permite.' Aquele dia que o direito intervir disciplinando um caso concreto de abuso, o abuso desaparece, escorrega por entre as mãos como *Proteo* às mãos dos perseguidores e não resta senão a sanção jurídica positiva, o ato lícito ou ilícito.⁴⁴

Trata-se de uma negação enquanto problema jurídico, mas que não o leva a negá-lo enquanto um problema social. No entanto, sua concepção sofre críticas de CUNHA DE SÁ, por se pautar em uma concepção "absoluta" de direito subjetivo, e

⁴² "A negação da teoria do abuso de direito pode dever-se, não já como em Duguit, à pretendida inexistência do conceito de direito subjectivo, mas a razões do próprio mundo do direito, entendido como oposto ou separado do mundo dos fenômenos sociológicos. Esta cisão da realidade em dois campos distintos, o do jurídico e o do social, explicaria que o abuso de direito, embora não pudesse ser concebido como um conceito jurídico, venha a ser reconhecido como um dado de facto, que, aliás, não deixaria de ter um importante papel dentro dos esquemas da vida social e, por aí, mas indirectamente, sumo interesse para o mundo do direito." (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 306)

⁴³ *Ibidem*, p. 306.

⁴⁴ "...abuso di diritto è un fenomeno sociale non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, e ciò 'per la contradizione che nol consente'. Quel giorno che il diritto intervenga a disciplinare un caso concreto di abuso, l'abuso sfuma, sguscia come *Proteo* alle mani degli inseguitori e non resta che la sanzione giuridica positiva, l'atto lecito o illecito." (L'abuso di diritto "*aemulatio*". Padova : CEDAM, 1979. p. 24)

por representar sua assimilação com o ilícito, negando autonomia científica ao abuso do direito.⁴⁵

De semelhante modo, encontra-se Georges RIPERT, para quem o abuso do direito assume o perfil de um "moralismo jurídico".⁴⁶ Ele parte da insuficiência da dogmática civilística para solução dos problemas relacionados com as obrigações, com vistas a reivindicar um conteúdo axiológico do direito.⁴⁷ A regra moral apresenta-se então como seu fator constitutivo.

Constitui-se o ato abusivo, em cobrir de aparência de direito um ato que não poderia ser realizado, senão indenizando os lesados pelo mesmo. Seu exercício é normal e habitual, mas quando acompanhado da intenção de prejudicar outrem, o seu titular ultrapassa os limites fixados para seu direito, ensejando sua responsabilidade. Eis que não se poderia mais, proteger sob a aparência de irreprovabilidade, assentada na regra *qui suo iure utitur, neminem laedit*, semelhante ato. Em função destas idéias, encontramos em sua concepção, dois elementos que merecem destaque: o elemento intencional, manifesto pela intenção de prejudicar; e a aparência de direito com a qual se encobre seu exercício.⁴⁸

Deste modo, verifica-se que sua tese constitui-se com base no critério subjetivista que dominou a jurisprudência do século XIX, fazendo com que a construção da teoria do abuso do direito fosse delineada para sancioná-lo sempre que presente a intenção de prejudicar. No entanto, a presença deste elemento na teoria de Ripert, faz com que ele somente aceite como abusivos os atos que se enquadram na doutrina da *emulatio*.⁴⁹

⁴⁵ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 313.

⁴⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 488.

⁴⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁸ "Abuser du droit, c'est alors en réalité couvrir de l'apparence du droit l'acte qu'on avait le devoir de ne pas accomplir, ou tout au moins qu'il n'était possible d'accomplir qu'en indemnisant ceux qui étaient lésés par cet acte." (RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. Paris : LGDJ, 1949. p. 164) O fato de estar presente em uma teoria de teor subjetivo, não impedirá que a aparência de direito também seja identificada em teorias formuladas posteriormente, dentre as quais aponta-se Castanheira Neves e Cunha de Sá.

⁴⁹ GIORGIANNI, Virgílio, *op. cit.*, p. 82.

Suas proposições reduzem o abuso do direito a um aspecto moral, mas restrito à intenção de prejudicar, de tal forma a não ser considerado se o ato pauta-se em motivos legítimos. Por isso não se trata de um simples problema de responsabilidade civil, mas de uma questão geral de "moralidade no exercício dos direitos."⁵⁰ Assim, os direitos subjetivos não podem ser utilizados para violar a moral, que não se acha, entretanto, na ilegitimidade de motivos que o cercam, mas apenas na intenção de prejudicar. RIPERT reprova qualquer apreciação daquela ordem, pois tornaria presente o perigo de o juiz, arbitrariamente, ter que verificar os motivos legítimos ou ilegítimos que nortearam o exercício do direito e com isto, chegar a regulamentar os fins de cada direito, para determinar se houve ou não o ato abusivo.⁵¹

Nesta perspectiva, restam duas questões presentes na teoria de Ripert a serem apontadas: o enquadramento do abuso do direito no âmbito da ilicitude e atribuição de um papel limitado ao juiz.

Trata-se do que afirmou CUNHA DE SÁ a respeito da concepção de direito subjetivo presente na teoria de Ripert, segundo a qual, permitir ao juiz investigar os motivos que nortearam seu titular a exercê-lo, seria destruir a própria noção de direito individual, enquanto poder de defesa contra o Estado.⁵² Por isso, a idéia de moral inspiradora do abuso do direito só penetra limitadamente no campo jurídico, quando se traduz na intenção de prejudicar.

Os argumentos lançados pela tese de Ripert, constituindo-a como a base das teorias subjetivistas, fazem do abuso do direito um "mero temperamento de ordem moral".⁵³ E de tal modo que os limites ao exercício dos direitos seriam exclusivamente morais, pois embora esta última inspire numerosas regras, a ordem jurídica não lhe está subordinada. É exatamente a existência de limites meramente

⁵⁰ RIPERT, *op. cit.*, p. 10, 159.

⁵¹ *Ibidem*, p.180.

⁵² "É que segundo Ripert, a utilidade do acto só poderia ser a utilidade individual, e não a utilidade social, pois de outra forma despojar-se-ia o direito subjectivo do seu destino próprio, que é o de permitir ao titular retirar dele vantagens mesmo quando a sociedade sofra com isso." (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 368)

⁵³ GHESTIN. *Traité de droit civil* : introduction ..., p. 768.

morais, que preserva o caráter "absoluto" dos direitos subjetivos, inserindo toda a forma de ato abusivo no âmbito da ilicitude. Por isso, embora Ripert não recuse a existência desta nova figura como faz Planiol, sua tese não deixa de ser negadora da existência do abuso do direito, não a concebendo como teoria autônoma.

Há no discurso de Ripert, um absolutismo do direito subjetivo, que segundo GIORGIANNI, não é resultado de uma indagação de ordem científica, mas uma intrusão de posição ideológica em sede científica.⁵⁴ E com suas próprias palavras, Ripert traduz isto, ao se referir ao "perigo de uma tal teoria": "Ela inclina-se a destruir a idéia de direito subjetivo. Ora, a concepção de direito individual, longe de ser antisocial, é indispensável à manutenção da civilização ameaçada pelo estatismo ou o comunismo. O absolutismo do direito individual não tem nada de condenável em si, pois ele não é mais do que a tradução jurídica do desejo legítimo de poder e de liberdade".⁵⁵

Utilizando-se de tais argumentações, RIPERT mostra-se contrário à relatividade dos direitos apregoada por Josserand, taxando-a de perigosa, por visar destruir a idéia de direito subjetivo.⁵⁶ Esta oposição ideológica é traduzida na diversidade de critérios encontrada entre os dois autores. A teoria subjetivista restringe-se à intenção e vontade do agente para configurar o ato como abusivo, dificultando sua prova e transformando-o em um conceito psicológico. Já a teoria objetiva deriva o abuso do direito de elementos materiais que cercam o ato danoso. Além disso, os subjetivistas inserem o ato abusivo no âmbito da responsabilidade civil, fazendo-o recair nos atos emulativos, enquanto os objetivistas esforçam-se por defini-lo como categoria autônoma.⁵⁷

Se na teoria de Ripert, é o elemento moral que caracteriza o abuso do

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 84.

⁵⁵ Tradução livre de: "*Elle tend à détruire l'idée de droit subjectif. Or, la conception du droit individuel, loin d'être antisociale, est indispensable au maintien de la civilisation menacée par l'étatisme ou le communisme. L'absolutisme du droit individuel n'a rien de condamnable en soi, car il n'est que la traduction juridique du désir légitime de puissance et de liberté.*" (RIPERT, *op. cit.*, p. 182-183)

⁵⁶ RIPERT, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁷ MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 123-124.

direito, para Jean DABIN, não é outro o fundamento encontrado. Este autor, separa duas categorias de direitos subjetivos: os direitos de "espírito egoísta", pois dados "no interesse de seu titular", e os denominados direitos-função, ao contrário daqueles, instituídos para servir a outrem. O mau uso desses direitos, ensejam duas figuras diversas. Assim, o mau uso dos direitos de fim altruísta, é considerado ilegal por contrariar a norma que o institui como tal, ensejando a figura do "desvio de poder".⁵⁸ Já os direitos de finalidade egoísta, podem ser exercidos em conformidade com o livre arbítrio de seu titular, no entanto, se contrários à moral, podem transformar-se em abuso do direito. Nesta perspectiva, este último revela-se para Dabin, como "o uso imoral do direito", o que ele julga ser seu verdadeiro critério.

Os denominados direitos egoístas não estão sujeitos a qualquer finalidade, e tanto, que para DABIN, a idéia de sua "relatividade" soa como falsa, o que proporciona as críticas engendradas à Josserand. No entanto, existe uma outra legitimidade, além da jurídica, que é a moral, revelando que o uso de um direito legal, transforma-se em abusivo, quando contraria a moralidade. Portanto, a teoria do abuso do direito é "o corretivo de moralidade que postula a legalidade".⁵⁹

Se a primeira concepção, negava autonomia dogmática ao abuso do direito, outra não é a proposição encontrada nas entrelinhas das teses desses últimos autores. Embora estes não a neguem, ao contrário, afirmem a nova teoria como autônoma, identificam o ato abusivo com o exercício de um direito em contrariedade à moral. Trata-se, portanto, de cobri-lo "com um manto de cor não jurídica", deixando de assimilá-lo como um problema jurídico e jogando-o para a esfera da

⁵⁸ *"En matière de droits-fonction en effet, le mauvais usage, sous quelque forme qu'il se présente - du détournement de pouvoir, de la carence ou même de l'usage défectueux - est d'emblée constitutif d'acte illégal, précisément parce qu'il contrevient à la norme constitutionnelle du droit-fonction: en usant mal, le titulaire s'évade de son droit, car il n'avait de droit que pour bien user, dans le sens de la fonction et pour le profit de la fonction. [...] Tout mauvais usage met le titulaire de fonction en marge de son droit, exactement comme s'il avait transgressé une disposition formelle de la loi."* (DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris : Dalloz, 1952. p. 269)

⁵⁹ DABIN, *op. cit.*, p. 295. Conclui o autor: *"Reconnaissons d'ailleurs qu'en tant que l'abus, ainsi défini comme immoralité, est réprimé par le juge, il prend signification juridique positive. En même temps que le droit se moralise, la morale se 'juridifie': la pénétration est réciproque. Mais il reste qu'au départ, c'est le droit qui s'est ouvert à la morale."* (Ibidem, p. 300)

moralidade.⁶⁰

Nesta perspectiva, seja por negá-lo expressamente, identificando-o à figuras já conhecidas como o "excesso" ou "falta de direito", seja implicitamente, ao concebê-lo como mero problema moral, as teorias até então expostas, conduzem a uma só justificativa: preservar incólume o caráter "absoluto" dos direitos subjetivos.

E a melhor maneira de fazê-lo, será representada, por vezes, configurando o abuso do direito, quando presente a intenção de prejudicar.⁶¹ Tratam-se das teorias subjetivistas, que em sua acepção extremamente restrita, por um lado, relega o ato abusivo para casos determinados,⁶² e por outro, é extremamente concessiva às liberdades individuais.⁶³ Dentro desse critério, os autores costumam identificar não apenas o dolo, mas também a culpa e a má-fé, com vistas a engendrar o abuso do direito, aproximando-o ainda mais do ilícito. Eis que tanto na teoria do abuso do direito, quanto na teoria comum da responsabilidade civil, encontra-se a culpa na base destes sistemas. Portanto, como consequência das doutrinas expostas por muitos dos autores anteriormente mencionados, calcadas no exercício do direito com a intenção de prejudicar, encontra-se a negação do abuso do direito enquanto concepção autônoma.⁶⁴

O teor encontrado nas entrelinhas das teses expostas, revela-se como consequência de um individualismo que atribuía "à vontade individual a função de causa primeira" de todo o Direito.⁶⁵ Mas, em atenção às transformações que se delineiam para a sociedade moderna, esboça-se a decadência do "voluntarismo

⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES. **Questão...**, p. 519-520.

⁶¹ BARDESCO, *op. cit.*, p. 191.

⁶² Dentro desta concepção, encontramos Bonnecase, para quem as consequências da intenção maléfica de prejudicar podem ser neutralizadas pelos benefícios que ela produz. E exemplifica com o proprietário que faz construções em sua propriedade com a intenção de lesar, mas que embeleza seu imóvel. (*Apud*, LIMA, Alvino. **Abuso do direito**. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 166, a. 53, jul./ago. 1956. p. 33)

⁶³ CUNHA LUNA, Everardo. **O abuso do direito**. Rio de Janeiro : Forense, 1959. p. 87.

⁶⁴ LIMA, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁵ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 10.

jurídico", o que proporciona novas perspectivas para a construção teórica do abuso do direito.

2.2 A CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA FINALISTA DE JOSSERAND

As teorias até então expostas, conceberam o ato abusivo como um acidente, que ocorre no momento do exercício de um direito subjetivo, apresentando-se uma verdadeira independência entre ambos. Há nisto, o significado da nova teoria, como um fenômeno que não reage sobre o fundamento e sentido dessa prerrogativa individual, mas que se revela como seu limite externo.⁶⁶ A superação desta concepção, mostra-se como a razão de ser das próximas teses que se delineiam em torno do abuso do direito. Trata-se do momento em que se destaca a natureza teleológica dos direitos subjetivos, passando a se compreender como "...uma intenção normativa que apenas subsiste na sua validade jurídica enquanto cumpre concretamente o fundamento axiológico-normativo que a constitui."⁶⁷ Nesta perspectiva, destacam-se três orientações, cujos principais representantes são Josserand, MÜLLER-ERZBACH⁶⁸ e GIORGIANNI.⁶⁹ As presentes páginas dedicam-se à análise da tese do primeiro desses autores.

Ao contrário das teorias subjetivistas, que se encontravam afeitas à investigação de índole intencional, agora erige-se para determinação do ato abusivo: o critério finalista de Josserand; o exercício anormal dos direitos proposta por Saileilles; e a ruptura dos interesses em presença, delineada por Géný, Cornil e Champion. Não obstante a diversidade de tais critérios, há um dado fundamental que reúne estas construções: trata-se do elemento teleológico que em todas se faz

⁶⁶ CASTANHEIRA NEVES. *Questão...*, p. 522.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 522-523.

⁶⁸ Afeito à "concepção causal do direito", advoga que os direitos subjetivos são expressão de certos "interesses" e de "situações de poder ou domínio", verificando-se o abuso, quando o direito fosse invocado ou exercido em contrariedade com o interesse ou a situação de domínio, que lhe são referidos (CASTANHEIRA NEVES. *Questão...*, p. 523 - nota de rodapé).

⁶⁹ A referência à sua tese faz parte do próximo item deste capítulo.

presente.⁷⁰

Na verdade, as atenções voltam-se para esta concepção de abuso do direito, a partir da teoria finalista consolidada por Josserand, proporcionando impulso às concepções objetivas. Nesta perspectiva, ele guarda influências com o "finalismo sociológico", ao evidenciar o ato abusivo como desvio da função social do espírito do direito.⁷¹

Josserand parte da concepção de direito subjetivo proposta por Ihering, enquanto "interesse juridicamente protegido",⁷² ao afirmar que todas as prerrogativas são sociais em sua origem, e têm uma missão própria a cumprir com vistas a delinear o "espírito da instituição".⁷³ O fim social presente em cada direito coloca até mesmo aqueles de caráter mais "egoísta", a serviço da coletividade, e de tal modo, que no momento em que há o desvio desta função social, ou de seu espírito, ocorre abuso do direito. Este teor finalista não é de todo desconhecido do Direito, tanto na doutrina como na jurisprudência, aonde se encontra o favor por uma concepção finalista ou teleológica da referida figura. Portanto, em sua teoria está presente a destinação social dos direitos subjetivos, colocando-o entre os partidários da concepção objetiva.⁷⁴

O caráter abstrato do espírito ou finalidade dos direitos subjetivos, apregoado por JOSSERAND, encontra a crítica de seus opositores. Por isso, ele vem a ser exteriorizado na idéia de "motivo legítimo", denominado pelo próprio autor como "a expressão sensível e comum da figura", ou ainda, a "pedra angular de toda a teoria do abuso e seu princípio visível".⁷⁵ Este elemento encontra tradução

⁷⁰ MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 170.

⁷¹ "Mas o finalismo sociológico do direito subjectivo, como o seu elemento valorativo com que o abuso revelaria estrutural contradição, assim prenunciado por estes autores, veio a tomar sua forma mais perfeita e acabada com Josserand." (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 404)

⁷² MENEZES CORDEIRO. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra : Almedina, 1997. p. 863; JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 369.

⁷³ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 370.

⁷⁴ Esta destinação social é uma das características das teorias que se colocam entre a concepção objetiva de abuso do direito para Pedro Baptista MARTINS (*Op. cit.*, p. 171).

⁷⁵ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 379.

na jurisprudência, sob as denominações, de "interesse legítimo", "causa legítima", "justo motivo", e até mesmo na legislação, ao expor o artigo 1871 do *Code*, a exigência de um motivo legítimo para dissolução da sociedade.⁷⁶

A antítese dos "motivos legítimos", encontráveis nos atos abusivos, perfazem-se nos chamados motivos ilegítimos. Nesta perspectiva, os critérios subjetivos contrariam a finalidade dos direitos. Para JOSSERAND, toda a intenção maliciosa é necessariamente anti-social e contrária ao espírito da instituição e por isso constitutiva de abuso do direito.⁷⁷ Entre os motivos ilegítimos encontra-se a intenção de danificar, que deve ser considerada como um todo indivisível, que pode estar combinada com outros critérios. Assim, o teor intencional do ato abusivo apresenta-se como elemento determinante ou está combinado com outros motivos, como a culpa grave, inescusável e equiparada ao dolo; e a culpa simples, que comporta-se como culpa no sentido econômico. Deste modo, configuram-se como motivos ilegítimos, o conluio determinado pela reunião de várias pessoas a fim de prejudicar um terceiro; a fraude à lei, quando se configura a vontade de transgressão à disposição de lei escrita; o dolo; a intenção de danificar, configurada fora das manobras dolosas; e a má-fé, onde não se encontra um valor intencional caracterizado, mas há a causa de um prejuízo.

Na tese de Josserand, o motivo nem sempre terá um aspecto intencional, pois para que seja legítimo ou não, deverá ser considerado em face da função social do direito. Portanto, há na teoria do abuso do direito, em conformidade com o que afirma o próprio autor, um lado subjetivo, que se perfaz pela investigação do motivo legítimo, e um lado objetivo, no qual se confronta a vontade com a função social do direito, que é conceito desta índole. Trata-se portanto, do encontro entre o critério subjetivo e o critério objetivo, qualificando-se a responsabilidade que deriva

⁷⁶ "... l'article 1871 du code civil veut que la dissolution d'une société ne soit demandée par l'un des associés avant le terme convenu que pour de 'juste motifs'; " (JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 377)

⁷⁷ JOSSERAND. *De l'abus...*, p. 55.

do abuso do direito com um caráter misto.⁷⁸

Portanto, na pretensão de obter uma verdade integral, a teoria de JOSSERAND agrega elementos subjetivos e objetivos, de modo a afirmar o autor que "o espírito dos direitos nos apareceu, em última análise, como o critério próprio do abuso, critério abstrato que tomar corpo e se cristaliza na noção de motivo legítimo."⁷⁹ Este fator revela-se como fundamental, e de tal modo a engendrar aplausos e críticas à sua teoria.

Nos tribunais, o critério finalista já era freqüentemente aplicado, como na decisão do barão Clément-Bayard, onde invoca-se a noção de motivo sério e legítimo confrontando-o com a função ou espírito do direito.⁸⁰ E na doutrina, a tese finalista encontrou grande acolhida, de modo a afirmar Jacques GHESTIN, que a tese de Josserand é a mais satisfatória. Trata-se de encontrar com a teoria finalista, uma limitação interna aos direitos subjetivos, em face da conformidade do direito com sua função social, pois concilia-se com o elemento personalista da dignidade humana.⁸¹

Dentre as críticas endereçadas à Josserand, alinha-se a de CUNHA DE SÁ, ao asseverar que o caráter objetivo presente em sua teoria acaba por se perder na tradução do espírito ou finalidade do direito, pelo motivo legítimo de atuação de seu titular.⁸² Isto demonstra que a construção de Josserand não se afasta de um teor metajurídico, pois assim são os espíritos dos direitos subjetivos, que constituem

⁷⁸ *Ibidem*, p. 387. "*Implicitement, parce que ce critère englobe, dans sa généralité, tous les critères précédents tirés de l'intention de nuire, de la faute ou du défaut d'intérêt: il est évident que l'intention de nuire, par exemple, ne cadre pas avec l'esprit d'un droit quelconque, qu'elle ne peut pas prétendre à colorer socialement les actes que nous accomplissons en exerçant nos droits; elle est par elle-même et intrinséquement antisociale, antifonctionnelle, donc abusive.*" (*Ibidem*, p. 370) Em conformidade com um critério esboçado por JOSSERAND, encontramos a tese de PORCHEROT, para quem o ato abusivo deve ser determinado com base na intenção de prejudicar, na falta de um interesse pessoal ou ausência de motivos legítimos. Neste autor, à semelhança de JOSSERAND, a responsabilidade do autor do ato abusivo encontra-se calcada numa idéia de finalidade.

⁷⁹ Tradução livre de: "*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.*" (*De l'esprit...*, p. 387)

⁸⁰ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 372.

⁸¹ *Traité de droit civil: introduction...*, p. 773.

⁸² *Op. cit.*, p. 414.

uma "superlegalidade de conteúdo variável".⁸³ Nesta perspectiva, há na fórmula "espírito do direito" uma evidente vocação jusnaturalista,⁸⁴ ao considerar a finalidade como algo exterior ao direito subjetivo traduzindo a exterioridade de seu critério para identificar o ato abusivo.⁸⁵

Com vistas a resolver a questão da natureza jurídica do abuso do direito, JOSSERAND coloca-o entre a falta de direito e a teoria do risco.⁸⁶ Nesta perspectiva, o ato abusivo enquanto nova e especial categoria da responsabilidade civil, deve-se à preocupação psicológica do "motivo legítimo", que revela uma cariz subjetiva.⁸⁷ E esta preocupação é tão marcante em Josserand, que impede a revelação de uma exata característica que distinga o abuso do direito do ilícito culposos ou doloso. Considerá-lo como um delito ou quase delito é uma contradição em sua tese, apontada por GIORGIANNI, ao afirmar que ele perde de vista o que já contestara em Planiol, em face da irreduzibilidade do ato abusivo ao ato ilegal ou cumprido sem direito.⁸⁸

⁸³ "...a construção de Josserand não consegue ainda totalmente afastar-se de uma visão metajurídica do direito, porque metajurídicos são também os vários espíritos dos diversos direitos subjectivos, que constituem para Josserand, como já tive oportunidade de salientar, uma espécie de direito natural ou superlegalidade de conteúdo variável. O espírito de cada direito, identificado com a sua finalidade social, é considerado, assim, como algo de exterior ao mesmo direito, em vista do qual este se torna meio ou instrumento e pelo qual se fundamenta e justifica, enquanto permite realizar essa mesma finalidade social." (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 417-418)

⁸⁴ Aduz Pietro RESCIGNO, que *"Ancor più evidente la recondita vocazione giusnaturalista nella spiegazione che si dà della vaghissima formula dello 'spirito del diritto' e dello 'spirito delle istituzioni': lo spirito dei diritti vien riportato ai 'principi generali [...] soggiacenti alla legalità e che costituiscono, nell'insieme, un diritto naturale a contenuto variabile e come una superlegalità."* (Op. cit., p. 46)

⁸⁵ Este posicionamento é contrário ao revelado por Jacques GHESTIN (*Traité de droit civil : introduction* ..., p. 173), ao dizer que o direito subjetivo é determinado por sua função, fala-se de "limites internos" que resultam de sua função. E também do que aduz MENEZES CORDEIRO, ao asseverar que com Josserand ocorre um impulso às teorias internas. (Da boa fé..., p. 863)

⁸⁶ O autor distingue o ato abusivo do ato ilegal e do ato excessivo. No primeiro não há que se provar culpa ou dano. O ato é reprovado em si mesmo, por se apresentar como incorreto. Já o segundo é perfeitamente cumprido conforme sua destinação, no entanto, causa um dano que se revela como excessivo ou anormal, que por gerar riscos, enseja a responsabilidade de seu titular. (JOSSERAND. *De l'esprit*..., p. 332 et seq.)

⁸⁷ GIORGIANNI, Virgilio, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁸ *"È questa preoccupazione che diventa anzi, alla fine, così assorbente da impedirgli una rilevazione esatta delle caratteristiche che propriamente contraddistinguono l'abuso del diritto dall'illecito colposo o doloso, e da condurlo a concludere che l'abuso non sarebbe 'lui même, le plus souvent, qu'un délit ou un quasi-délit, une variété de faute délictuelle' e che, in quanto, appunto,*

É por isso que "Josserand não encontrou meios para a explicação satisfatória desse conflito entre a norma jurídica, que legitima o ato e os princípios gerais de direito, subjacentes à legalidade, que o repelem".⁸⁹ Pois em sua tese, o ato abusivo é ato contrário ao direito objetivo, e como tal, enquanto fonte de responsabilidade, ele acaba por ser identificado ao ato ilícito.⁹⁰ Em conformidade com tais considerações, Josserand não chega a uma concepção autônoma de abuso do direito por duas razões: a concepção de direito subjetivo, e seu enquadramento na teoria da responsabilidade civil. Embora sua tese posicione-se como um reflexo da negação do caráter "absoluto", impondo a tese da "relatividade" dos direitos subjetivos, ela afasta-se do dogma da vontade apenas em parte, por investigar as motivações que cercam a prática do ato pelo agente, no deslinde de seu critério objetivo. Conseqüentemente, o direito subjetivo ainda é considerado como "absoluto", de teor lógico-positivista, que toma consciência de sua "relatividade", colocando-o a serviço de fins sócio-econômicos de grupos politicamente dominantes, como instrumento de fins transcendentais e exteriores, incapazes de integrá-lo em uma categoria autônoma.⁹¹

Nesta perspectiva, a tese de Josserand revela-se como um momento de transição para determinação do ato abusivo que, despe-se da exclusividade do critério subjetivo, para alcançar um critério objetivo. Isto quer dizer, o abuso do direito não incide apenas na ausência da intenção de lesar, mas supera investigações desta ordem, verificando-se também no desvio de finalidade do direito subjetivo.

Na esteira de Josserand, alinha-se o critério de Saleilles, para quem não há

'acte fautif', non sarebbe che un 'illecito'. Dove è fin troppo chiaro come Josserand abbia finito col perdere di vista che il significato del dibattito da lui medesimo sostenuto contro il Planiol, in ordine alla irriducibilità dell'abuso all'acte illégal' o 'accompli sans droit', consisteva non solo nel fatto che l'abuso, a differenza dell'acte illégal', rimane nell'ambito della legalità, ma che, se a sua volta l'acte illégal' non rimane nell'ambito della legalità, ciò è essenzialmente pel fatto che esso è un 'acte fautif', com'egli stesso riconosce, e quindi un atto che, a differenza dell'abuso, si contrappone ad uno specifico obbligo legale." (GIORGIANI, Virgilio, *op. cit.*, p. 99-100)

⁸⁹ MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 139.

⁹⁰ GIORGIANNI, Virgilio, *op. cit.*, p. 100.

⁹¹ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 418.

direitos subjetivos "absolutos", ao contrário do que propunha Josserand, e o abuso do direito não pode ser caracterizado pelo seu fim. Os direitos subjetivos são "relativos" e deve se afastar o critério psicológico, pois ele caracteriza-se pelo seu aspecto objetivo. A partir disso, traça seu critério, considerando como abusivo o ato, quando há desvio da destinação econômica e social de cada direito, reprovado pela consciência pública.

A reprovabilidade deste critério é intensamente propugnada por Josserand, pois alega que ele não seria capaz de abranger todos os direitos. Em que pese esta contrariedade, a tese de Saleilles ganhou enorme acolhida, ao delineá-lo como "exercício anormal do direito".⁹² Sua teoria é tratada, por seus defensores, como a mais adequada a uma noção de direito subjetivo que deixe de representar o "incontrastável império da vontade e do interesse individual", para passar ao domínio de um "interesse comum" do qual o direito objetivo não pode mais se afastar.⁹³

Se Saleilles primeiramente delineia o abuso do direito com base em um critério objetivo, para depois abandoná-lo substituindo-o por um critério subjetivo, um processo inverso é constatado em autores como Gény. Este, primeiramente adota a intenção de prejudicar em sua tese, para depois substituí-la pela noção de "equilíbrio de interesses", cuja ruptura revela o abuso do direito.⁹⁴ Desse critério também é partidário Cornil e Champion, que por ele acaba por se definir.

Para Cornil, o direito deve harmonizar as prerrogativas individuais. Há portanto, um equilíbrio de interesses que deve ser mantido. Mas, ao contrário, o exercício de um direito subjetivo produz um desequilíbrio, ele revela-se como um

⁹² Aduz L. CAMPION (*op. cit.*, p. 271), que a tese de Saleilles prepara o alargamento da teoria do abuso do direito, com a qual também contribuiu Josserand.

⁹³ Tais considerações foram esboçadas por San Tiago DANTAS (*op. cit.*, p. 100). Além disso, lembre-se que este o critério que inspira as relações de vizinhança: a interpretação delineada pela doutrina e jurisprudências brasileiras a partir do artigo 554 do CC, reflete a teoria do abuso do direito aplicada às relações de vizinhança, com base no critério da anormalidade: o abuso é revelado pelo uso anormal de um direito.

⁹⁴ Neste sentido, aduz Pedro Baptista MARTINS, que Saleilles e Gény, dentre outros, erigem o ato abusivo como categoria autônoma, "impondo uma revisão nos fundamentos da teoria da responsabilidade, que se estende e se amplia na razão direta da expansão da lei sociológica da solidariedade". (*Op. cit.*, p. 164)

exercício anti-social.

Nesta mesma linha de pensamento revela-se CAMPION, para quem todos os critérios até então propostos, pela intenção de prejudicar, pela ausência de interesse legítimo e desvio de finalidade do direito exercido, confundem-se em um critério único: "a ruptura do equilíbrio dos interesses em presença".⁹⁵ A ruptura é que consiste no verdadeiro critério, pois cada um daqueles elementos não passam de elementos reveladores deste exercício anti-social dos direitos.⁹⁶

2.3 O ABUSO DO DIREITO COMO CONTRARIEDADE AO ELEMENTO VALORATIVO DO DIREITO SUBJETIVO: AS CONTRIBUIÇÕES DE CASTANHEIRA NEVES E CUNHA DE SÁ

As teorias finalistas encontraram grande difusão na doutrina e na jurisprudência, firmando-se como o critério mais adequado a determinar o abuso do direito. No entanto, as críticas não tardaram a apontar seus erros: deixam de explicar o ato abusivo com base no elemento interno do direito subjetivo. O fim social ou econômico do direito subjetivo não está fora dele, pois a própria natureza desta prerrogativa individual é teleológica, considerando que "o abuso do direito é uma consequência do direito em si mesmo".⁹⁷

Passam a se delinear concepções axiológicas do abuso do direito, que trazem em suas entrelinhas, o comprometimento com a Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores ou das Valorações. Não obstante, o fato de elas trazerem elementos novos para configuração do ato abusivo, revelam-se

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 299.

⁹⁶ Esta amplitude resta demonstrada por CAMPION, pois para este autor, a teoria do abuso do direito conhece três fases de sua evolução. A primeira, "inconsciente e fragmentária", não o revela como uma orientação jurídica nova, pois os princípios enunciados são os mesmos daqueles já delineados para responsabilidade civil. A segunda, denominada de "construtiva", constata na evolução jurisprudencial a reunião de elementos que fazem do abuso do direito um quadro estrito da responsabilidade civil. E a terceira, a fase de ampliação, na qual o ato abusivo é colocado no terreno das bases fundamentais do direito e fazendo dele um instrumento de socialização jurídica. (*Op. cit.*, p. 261)

⁹⁷ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p.438.

como fruto do desenvolvimento das teorias finalistas.⁹⁸

Voltando sua atenção para reflexões desta ordem, encontra-se Virgílio GIORGIANNI, para quem o abuso do direito consiste no exercício de um direito subjetivo em desconformidade com seu "interesse" ou "valor". Trata-se de uma "disformidade valorativa", verificada por suas próprias palavras: "...como abusivo se individualiza o exercício do direito que se exerce de modo disforme do valor ou interesse ambiental-cultural que está a critério da qualificação normativa que daquele comportamento faz, precisamente, um exercício do direito subjetivo." ⁹⁹

Pressuposto desta conceituação, é que o direito subjetivo compõe-se de um elemento valorativo, que consiste no "interesse" ou "valor" e que se mostra como o mais importante para definir o comportamento que configura como seu conteúdo. Assim, o direito subjetivo possui uma "estrutura qualificada", composta pelo "valor", encontrando-se aí a oposição mais veemente ao formalismo kantiano.¹⁰⁰ E isto torna-se mais notório, ao se constatar que este elemento valorativo é um "valor ambiental-cultural", traduzindo-se no próprio limite (vertical e intensivo) do direito subjetivo.¹⁰¹

A formulação teórica em torno do abuso do direito, empreendida por Giorgianni, difere e opõe-se ao critério finalista de Josserand. O ato abusivo não se constitui em contrariedade ao fim do direito, com a finalidade de seu exercício. Sua argumentação encontra-se no fato de que recorrer aos fins do direito seria colocar em um plano metajurídico, seja ele econômico, político, moral ou religioso, um plano

⁹⁸ Aduz MENEZES CORDEIRO, que "As teorias ditas internas, que pretendem dobrar a estrutura formal dos direitos subjetivos com projecções determinadas em termos tais que, violadas estas e respeitada aquela, dariam a natureza do abuso, são de rejeitar. Elas estendem-se desde a idéia de abuso em sentido próprio, no início, até ao axiologismo formal, passando pela funcionalização dos direitos e pela sua consideração teleológica. Todas estas modalidades têm em comum um desenvolvimento teórico central, operado a partir da idéia de abuso, por forma a alcançar, na prática, um problema de interpretação das normas que instituem o direito subjetivo de cujo abuso se discuta." (**Da boa fé...**, p. 873)

⁹⁹ Tradução livre de: "...come abusivo è da individuare l'esercizio del diritto che si attui in modo difforme dal valore o interesse ambientale-culturale che sta a criterio della qualificazione normativa che di quel comportamento fa, appunto, un esercizio del diritto soggettivo." (*Op. cit.*, p. 195)

¹⁰⁰ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 444.

¹⁰¹ GIORGIANNI, Virgilio, *op. cit.*, p. 195.

diverso da estrutura formal do direito subjetivo.¹⁰²

Esta "disformidade" volta-se para uma verificação objetiva desses "valores" ou "interesses" que se determinam no ambiente histórico-cultural, ao contrário dos fins, que reportam-se para uma verificação subjetiva, conforme valores éticos, políticos e ideológicos.¹⁰³

Com a síntese operada pela teoria de Giorgianni, na modificação de um modelo de ato abusivo, presente pelo desenvolvimento desta orientação das teorias objetivistas, o direito subjetivo passa a conter seu próprio limite. Isto revela uma idéia fundamental, a qual leva à teoria de Castanheira Neves: trata-se de repensar a concepção de direito subjetivo.¹⁰⁴

Este autor parte da idéia que o direito subjetivo é constituído por um fundamento axiológico-normativo, por isso, ao exercê-lo, não basta a conformidade com sua estrutura formal, pois seu exercício legítimo, pressupõe cumprir concretamente com seu fundamento axiológico-normativo.

Nesta perspectiva, o abuso do direito não é apenas uma conduta do titular do direito, com aparência de licitude, já que ele não contraria sua estrutura formal definida pela norma, mas que importa em violação de seu sentido concreto, da "intenção normativa" que lhe serve de fundamento.¹⁰⁵ Isto significa que o direito

¹⁰² Segundo Virgilio GIORGIANNI, que se há que se considerar os fins, *"...la conclusione a cui giunge la teoria scientifica dell'abuso è che l'esercizio di un diritto è normativamente qualificato come abusivo quando venga compiuto in vista de un fine il cui perseguimento presupponga la difformità dall'interesse o valore che sta a criterio di quel diritto medesimo."* (Op. cit., p. 199)

¹⁰³ *"La verificabilità oggettiva, poi, del giudizio qualificante un comportamento abusivo rende inconsistente ogni timore di incertezza giuridica, anche se la difformità oggettiva, consistente nella divergenza dal limite valorativo posto alla condotta, non sia talora priva di una carica psicologica."* (GIORGIANNI, Virgilio, op. cit., p. 201)

¹⁰⁴ "É que se o direito subjectivo é entendido em termos absolutos, dentro de uma concepção lógico-formal, a admissibilidade do acto do exercício abusivo só pode ser aceite no plano jurídico-normativo desde que se perca de vista e se adultere a natureza profunda do abuso de direito, que, assim, é forçoso traduzir dogmáticamente no limite externo ou indirecto do próprio direito subjectivo formalmente reconhecido, ou seja, na pura e simples legalidade, na actuação sem direito." (CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 450-451)

¹⁰⁵ Afirma CASTANHEIRA NEVES, que "o exercício abusivo deixou de ser tão-só um acidente que poderia acontecer no uso dos direitos, para ser uma possibilidade normativa que lhes ia inerente, ou fundada no próprio sentido constitutivo dos direitos susceptíveis dessa censura. [...] Um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica - por não contrariar a estrutura formal-definidora (legai ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde - e, no

subjetivo é limitado formalmente em sua estrutura, e materialmente, pelo seu fundamento, traduzindo o comportamento abusivo, no exercício de um "direito aparente": "trata-se de um comportamento que exige a forma, a aparência de um direito que na verdade não existe - que não pode ser validamente invocado no caso concreto ou nos termos concretos daquele comportamento."¹⁰⁶

Com efeito, CASTANHEIRA NEVES afirma existir no abuso do direito, não apenas uma "doutrina de transição" ou de superação da "concepção tradicional 'metafísica' dos direitos subjectivos absolutos", mas um "novo sentido normativo e metodológico assumido pelo pensamento jurídico", "uma diferente dimensão metodológica exigida por um revisto sentido de juridicidade." Nesta perspectiva, encontram-se superados os quadrantes do conceitualismo e do formalismo, ao permitir-se revelar através da referida figura, "uma juridicidade que deixou de medir-se por uma validade lógico-ideal de fundamento apenas legal, para se medir por uma validade jurídica concreta de fundamento axiológico-normativo."¹⁰⁷

É nesta construção teórica, que CUNHA DE SÁ encontra o verdadeiro critério para determinação do abuso do direito, ao afirmar que o "fundamento axiológico do direito subjetivo constitui o preciso limite".¹⁰⁸ Trata-se de revelar o ato abusivo, no momento em que o titular coloca a estrutura de seu direito subjetivo, a serviço de um valor diverso, daquele que se constitui em seu fundamento axiológico, elemento este, que lhe é interno. Não basta, assim, o preenchimento de sua estrutura formal, encobrendo referida violação, pois o critério que ora se delineia, configura-se como "interno e estrutural", "dinâmico e material". Isto, importa dizer, pelas palavras do referido autor, que:

entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que *juridicamente* se deverá entender por exercício abusivo de um direito." Assim, "o exercício abusivo deixou de ser tão-só um acidente que poderia acontecer no uso dos direitos, para ser uma possibilidade normativa que lhes ia inerente, ou fundada no próprio sentido constitutivo dos direitos susceptíveis dessa censura." (*Questão...*, p. 522, 524, 526)

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 526-528.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 527.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, p. 454.

Ora, o abuso do direito é, precisamente, o fenómeno revelador que de o direito subjectivo não pode ser abstractamente encarado com meros termos conceitualistas, que o mesmo é dizer formalistas, pois que em certa e determinada situação, experimentalmente concreta, podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado direito subjectivo e, simultaneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjectivo. Neste encobrir, consciente ou incoscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito é que reside o cerne, a essência do abuso do direito.¹⁰⁹

Deste modo, a teoria ora exposta é resultado de uma oposição à construção finalista de Josserand, de tal modo a encontrar nesta, uma proximidade com o pensamento de Rotondi, por residir a determinação do abuso do direito, em critérios exteriores ao direito, tais como a equidade e a moralidade.¹¹⁰ Ocorre que, a juridicidade da referida figura, advém do próprio interior do direito subjetivo, mais precisamente, está em seu valor, o qual passa a orientar o comportamento do sujeito, e revela-se como próprio fundamento desta prerrogativa individual.¹¹¹

As teses dos autores supracitados convergem para alguns fundamentos: até então, as teses traçadas para determinação do ato abusivo, mesmo as teorias finalistas, preservam uma concepção "absoluta" de direito subjetivo. Já a construção axiológica-normativa, a pouco delineada, rompe com este carácter ao deslocar o limite imposto pela teoria do abuso do direito, do campo externo para o próprio interior do direito subjetivo. Assim, os fins são substituídos pelo "valor" ou "interesse", revelando identidade com o período de transição de uma Jurisprudência dos Interesses para uma Jurisprudência das Valorações. Revela-se a especificidade do ato abusivo, que não se encontrava nas teses finalistas: ele visa encobrir com a aparência de direito, um comportamento do sujeito, que contraria valores.

Com efeito, resta aparentemente vislumbrada com esta construção teórica, a concepção autônoma de abuso do direito da noção de ilicitude.¹¹² O referido

¹⁰⁹ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 456.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 458.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 459.

¹¹² Aduz Francisco José Ferreira MUNIZ, ao se referir à orientação teórica de Castanheira Neves, que estaria nela refletida a "idéia de autonomia da teoria do abuso do direito." (O princípio gera a boa-fé como regra de comportamento contratual. In: _____. **Textos de direito civil**. Curitiba:

problema despe-se das vestes de uma "posição dogmática tradicional", para vestir-se de um caráter próprio de juridicidade, o que se pretende delinear nas próximas páginas.

2. 4 A CONCEPÇÃO AUTÔNOMA DO ABUSO DO DIREITO: DA ILICITUDE À EXTERNALIDADE

2.4.1 A Concepção de Ilícitude

O jurista da Modernidade acha-se incapaz de definir o abuso do direito. Por isso, delineiam-se em torno da figura, construções teóricas que apenas reduzem-no "ao quadro das estruturas disponíveis ou já elaboradas." Bastaria inseri-lo em um dos conceitos jurídicos já encontrados no sistema como "carência de direito", "ilícito" ou "responsabilidade comum."¹¹³ Assim, resolvia-se a questão do exercício abusivo do direito, sem romper com a coerência lógica do sistema, moldado pela Exegese e pela Pandectística. No entanto, cumpre indagar o que há por trás dessas concepções que reduzem a referida figura à ilicitude.

Nesta perspectiva, encontram-se as teorias que negam o abuso do direito, identificando-o com a "falta" ou "excesso de direito", pois não se concebia outra categoria de juridicidade, senão a do lícito e do ilícito. Assim, ultrapassar os limites conferidos ao direito subjetivo, significaria atuar sem direito. Neste sentido, apresentaram-se as teses de Planiol e seus contemporâneos, reduzindo o ato abusivo à esfera de ilicitude, por não se adequar aos esquemas lógicos-conceituais que estruturavam a civilística clássica.

Mas de outro modo não se passa com aqueles para quem o abuso do direito caracteriza-se pela violação da regra moral, para a qual deixava espaço, a atuação negativa do Estado liberal. Embora possam ser polarizadas em torno da figura de

Juruá, 1998. p. 50)

¹¹³ CASTANHEIRA NEVES. *Questão...*, p. 514.

Ripert, tais teorias encontram-se entrelaçadas por uma linha de pensamento afeita à moralidade que, por vezes, impõe-se ao Direito.

Em atenção a esta ordem de idéias também se estruturaram as teorias subjetivas, que ao colocarem em relevo a intenção de prejudicar, remetendo o ato abusivo para a noção de culpa e, identificando-o, por vezes, ao delito e quase delito, apenas reduziram o abuso do direito para uma das categorias do ato ilícito.

Por outro lado, apresentaram-se as teorias que, ao distanciar-se da culpa, procuraram figurar o abuso do direito, sob critérios objetivos e, por vezes, identificando-o com a teoria do risco, enquadrando-o nos casos de responsabilidade objetiva. Em face de semelhantes considerações, o abuso do direito é reduzido a um mero problema de responsabilidade civil.¹¹⁴

Este era o modo pelo qual se resolvia sob termos, "aparentemente satisfatórios", a casuística encontrada nos tribunais. Ocorre que este modo de tratamento estava preso aos quadrantes do positivismo, negando-se ao abuso do direito, lugar enquanto concepção dogmática autônoma.¹¹⁵

Desta linha de raciocínio, encontra-se muito pouco afastada a classificação exposta por JOSSERAND, ao esboçar os atos ilegais, ilícitos e excessivos.¹¹⁶

O ato ilegal é intrinsecamente incorreto, violando o direito de outrem. É o ato exercido sem direito, cuja sanção será a satisfação *in natura* ou sua conversão em perdas e danos. É objetivamente incorreto, não havendo que se provar culpa ou dano.

Os atos ilícitos são aqueles que se apresentam como o exercício de um direito, mas cuja responsabilidade se dá em razão de uma falta, de um desvio em relação à sua destinação ou espírito de sua instituição. Segundo Josserand, eles não violam a letra da lei, mas sim, seu espírito, em face do que se reputam como injustificados e ilícitos, ou ainda, abusivos. Há que se provar, além do ato e seu

¹¹⁴ "...o abuso transcende um mero problema de responsabilidade civil, que é como quem diz, o nascimento da obrigação de indemnizar pelo próprio exercício de um direito subjetivo - e daí a sua crítica à fundamentação do abuso de direito como uma manifestação de responsabilidade sem culpa ou pelo risco." (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 513-514)

¹¹⁵ ANTUNES VARELA. *Das obrigações* ..., p. 51-52.

¹¹⁶ JOSSERAND. *De l'esprit*..., p. 332 *et seq.*

desvio, o dano, pois sem desvio não há abuso do direito e sem dano, não há reparação.

Há por fim, atos que não são ilegais ou ilícitos, mas provocam um dano anormal, configurando-se como excessivo. Trata-se de um ato constitutivo de danos, ocasionando uma responsabilidade sem culpa, meramente objetiva. Basta provar o dano e o caráter anormal do risco.

Esta construção teórica, delineada por Josserand, importa em considerar o abuso do direito como ato ilícito. Trata-se de, após delinear-lo dentro do critério objetivo do espírito social do direito exercido, considerá-lo em face de uma "teoria subjectiva do ato abusivo", que o reduz a uma das variedades da *faute*.¹¹⁷

Com efeito, torna-se possível constatar que, não obstante o critério finalista consolidado pela doutrina de Josserand, ela não consegue se libertar dos quadros do positivismo. Eis que ainda recorre a uma das figuras disponíveis no sistema jurídico, para traçar a natureza jurídica do ato abusivo, sem concebê-lo em um sentido diverso de juridicidade, o que a corrobora, como uma doutrina de transição.

Esta impossibilidade lógica de se compreender o abuso do direito, esboçada nas presentes páginas, explica-se pelo "axioma ontológico da liberdade"¹¹⁸ o qual sustenta: tudo "o que não está proibido é permitido". Trata-se de uma idéia que se encontra no vértice dos sistemas liberais, apregoando como essência do Direito, a liberdade. Deste modo, restam duas alternativas: a conduta está proibida e, portanto, é ilícita, ou não está proibida e, por isso, é lícita. Não há lugar para qualquer outro sentido de juridicidade, o que se traduz na ausência de espaço para a noção de abuso do direito.

¹¹⁷ "...o abuso é, pura e simplesmente, reduzido a umas das numerosas variedades de acto *fautive* e porque constatar que ele figure neste lugar é tido como essencial: a relatividade do direito subjectivo, a própria finalidade social que o seu espírito objetivamente encerra e traduz, é assim substituída agora para efeitos de responsabilidade civil, na perspectiva da reparabilidade do dano que o acto abusivo provoca, pelo critério da *faute*, da culpa do titular do direito na errada direcção que imprimiu ao exercício deste. É, afinal, a subversão, nos quadros do dever de indemnizar, daquela especificidade própria do abuso do direito, de que o próprio Josserand, no entanto, começou por se dar conta." (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 476).

¹¹⁸ SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires : Astrea, 1992. p. 137.

A liberdade encontra-se na essência do Direito esboçado pela Modernidade, delineando as concepções ideológicas necessárias à instauração das sociedades liberais. Nesta perspectiva, conferir autonomia dogmática à nova figura, significaria não apenas romper com princípios que compõem de forma lógica o sistema jurídico, mas preservar o caráter "absoluto" do direito subjetivo.¹¹⁹ Assim, ao reduzir o abuso do direito ao ato ilícito, esconde-se sua especificidade, sua singularidade, que estaria em cobrir com a aparência de direito o comportamento do sujeito.¹²⁰ Semelhante constatação levou a doutrina a encaminhar-se em busca de sua autonomia, com vistas a esboçar-lhe um caráter próprio de juridicidade, suscitando teorias que se esmeram por distingui-lo da ilicitude e da culpa.¹²¹

Nesta perspectiva, encontra-se Carlos Fernández SESSAREGO, ao atentar para uma distinção entre o ato ilícito, que se enquadra na responsabilidade civil e o ilícito *sui generis*, que se constitui em abuso do direito.¹²²

O ato ilícito passa a não ser apenas aquele que contradiz uma norma

¹¹⁹ "Poderá mesmo dizer-se que os direitos subjectivos de raiz iluminista-liberal e individualista permitem um tratamento lógico puro não porque são ideologicamente absolutos, antes são absolutos porque são pensados como puras idealidades lógicas - aliás, todo o iluminismo e liberalismo jurídicos são um conceitualismo e, portanto, um logicismo." (CASTANHEIRA NEVES, *Questão...*, p. 514-515)

¹²⁰ A respeito dessa singularidade do abuso do direito, refere-se CUNHA DE SÁ (*op. cit.*, p. 469), ao citar Ugo NATOLI, cujas palavras passam a ser transcritas: "*Senonché anche da parte di chi più decisamente há sostenuto questo punto di vista affermando che abuso del diritto significa soltanto sconfinamento dai limiti legali fissati per l'esercizio del diritto stesso, non si può fare a meno di mettere in evidenza una particolarità del fenomeno, che lo distingue da ogni altra ipotesi in cui tale sconfinamento si abbia: ed essa è l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto. Ché anzi, abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compire. Prescindendo dalle conseguenze, che da tale constatazione si ritiene di potere trarre (se, ad es., essa legittimi la affermazione della necessità di una sorta di dolo specifico da parte dell'autore dell'atto, ai fini della qualificazione di questo come abusivo) qui è sufficiente rilevare - a chiusura di queste considerazioni preliminari - come essa metta bene in evidenza la singolarità del fenomeno - e quindi la necessità di una sua autonoma e specifica valutazione - rispetto alle altre ipotesi in cui si abbia puro e semplice sconfinamento dei limiti del diritto e come, perciò, sia irrimediabilmente semplicistico il voler ridurre anche il primo nel vago e imprecisabile schema dell'eccesso del o dal diritto.*" (Note preliminare ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano. *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, 1958. p. 36-37)

¹²¹ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 498.

¹²² Não obstante sua formulação leve à categoria de "ilícito *sui generis*", nela encontra-se a preocupação por desvendar o abuso do direito em sua autonomia dogmática, eis porquê, ela ocupa a presente página deste trabalho. (SESSAREGO, *op. cit.*, p. 159)

concreta do ordenamento jurídico, mas que ainda resulta da contradição com princípios gerais que formam a totalidade do sistema jurídico. Deste modo, o ato abusivo é ilícito por transgredir a norma jurídica, que contém um princípio geral que não ampara o abuso do direito, ou por princípios de raiz moral que estão presentes em uma "consciência jurídica coletiva", tais como a boa-fé e os bons costumes.¹²³ Portanto, "a ilicitude do ato abusivo é específica, *sui generis*, porque se aparta das regras da responsabilidade para constituir uma figura autônoma."¹²⁴

Diversamente encontra-se a abusividade para Virgílio Giorgianni. O comportamento humano qualifica-se como ilícito por uma valoração normativa. Assim, quando o exercício de um direito subjetivo é proibido por uma disposição normativa específica, que a contraria, há ilícito. Por outro lado, ocorre, quando a conduta não seja regulada como especificamente ilícita, nem pertença ao quadro de condutas juridicamente livres. Assim constitui-se o ato abusivo, em um comportamento que se refere ao exercício de um direito concedido pelo ordenamento jurídico, e para o qual não há uma proibição normativa específica. Há, no entanto, a contrariedade a uma proibição de caráter geral, que toma lugar entre o lícito e o ilícito, constituindo-se simultaneamente permitido e proibido, conforme e contrário ao direito.¹²⁵

Na esteira destas considerações, CASTANHEIRA NEVES faz alusão a uma ilicitude formal e uma ilicitude material, na qual se caracteriza o abuso do direito. Para o referido autor, esta distinção encontra tradução em uma diferente dimensão de juridicidade, a qual deixou de se medir por uma "validade lógico-ideal de fundamento legal" para uma "validade jurídica concreta de fundamento axiológico normativo".¹²⁶

Esta concepção serve de fundamento para CUNHA DE SÁ, por alegar que

¹²³ *Ibidem*, p. 152.

¹²⁴ Tradução livre de: "*La ilicitud del acto abusivo es específica, sui generis, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma.*" (SESSAREGO, *op. cit.*, p. 139)

¹²⁵ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 332.

¹²⁶ CASTANHEIRA NEVES. *Questão...*, p. 524.

ao se revelar o ato abusivo como uma "aparência" de exercício do direito subjetivo, isto não destitui sua "autonomia qualificativa" perante a ilicitude, ou a distinção entre o "ilícito formal ou ilegalidade" e o "ilícito material do abuso do direito".¹²⁷ Em atenção a esta ordem de idéias, o referido autor afirma que, tecnicamente, o abuso do direito não é ato lícito nem ilícito. Trata-se de um ato com caráter próprio: a abusividade que se revela como figura autônoma e intermediária entre ambas as opções.¹²⁸

Como modo de perfazer essa idéia, CUNHA DE SÁ alega que tanto o ato abusivo como o ato ilícito são considerados como pressupostos da responsabilidade civil, mas encará-lo como um mero problema de responsabilidade é uma atitude totalmente errada e viciosa, pois tanto um quanto outro, não existem apenas quando causam danos.¹²⁹ Para se delinear a autonomia estrutural do abuso do direito, mister se faz distingui-lo da ilicitude e da culpa.¹³⁰ Trata-se de recorrer a um juízo de

¹²⁷ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 494.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 494.

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 497.

¹³⁰ Dentre os pressupostos que configuram a responsabilidade civil, ANTUNES VARELA enumera dentre os elementos constitutivos do ato ilícito: o "fato voluntário do lesante"; a ilicitude; a imputação do fato lesante; o dano; o nexo de causalidade entre o fato e o dano;

a) em primeiro lugar, é necessário que se trate de fato voluntário, traduzido por uma ação ou omissão, isto é, um fato objetivamente controlável ou dominável pela vontade. Não é necessário que a conduta tenha sido orientada para certo fim, tratando-se de uma conduta finalista, basta que haja a possibilidade de controlar tal conduta;

b) ilicitude é o segundo pressuposto da responsabilidade, que refere-se ao fato, à atuação do agente, e não ao seu efeitos, isto é ao dano. Pode se dar sob a forma de violação de um direito de outrem ou de uma lei que protege interesses alheios. Na primeira forma, violam-se direitos subjetivos, já na segunda, trata-se de uma norma que destina-se a proteger interesses alheios. A ilicitude traduz uma reprovação da conduta do agente, ainda que em um plano geral e abstrato. É sinônimo da violação de um comando geral, que se reveste de um interesse especial no caso das omissões;

c) é necessário que o autor do fato tenha agido com culpa, não bastando seu mau procedimento em sentido objetivo. A violação ilícita deve ter sido praticada com culpa ou dolo. Age-se com culpa, quando se conclui que em face das circunstâncias concretas, o agente poderia e deveria ter agido de outro modo. Trata-se de um juízo que se assenta no nexo entre o fato e a vontade do autor do direito, podendo se revestir da forma de dolo (que alguns chamam de má-fé) e a negligência (culpa em sentido estrito). Para que se caracterize o dolo não é essencial a intenção de causar dano a outrem (*animus nocendi*);

d) o dano é essencial para que exista a obrigação de indenizar. É necessário que o ato ilícito tenha causado um prejuízo a alguém;

e) o nexo de causalidade entre o fato e o dano, pois somente os danos que resultem do fato ilícito são passíveis de responsabilidade pelo agente. O dano deve ter sido causado pelo fato." (Das obrigações..., p. 544 *et seq.*)

valor em relação ao comportamento do agente, traçando a ilicitude, o que revela um caráter objetivo; e, em relação à pessoa, delineando a culpa, o que revela um caráter subjetivo.

A primeira pressupõe uma contradição entre a conduta do agente e de uma proibição normativa específica que pode abranger uma obrigação ou um dever jurídico concretamente determinado.¹³¹ Há nisto, a violação de um direito alheio, ou de um dispositivo legal, que protege interesses alheios.

Sob a égide de tais afirmações, é possível proceder a uma distinção entre as figuras mencionadas. Tal qual o ato ilícito, o abuso do direito consiste em um comportamento antijurídico, do qual advém a obrigação de indenizar. No entanto, no ato abusivo não há a violação de um direito de outrem ou a ofensa a uma norma que tutela o interesse alheio, em conformidade com ANTUNES VARELA.¹³² Trata-se do exercício anormal de um direito próprio, no qual há respeito à sua estrutura formal, mas violação à sua "afetação substancial, funcional ou teleológica", sendo considerado como ilegítimo.¹³³

Já no ato ilícito, há uma contradição com uma obrigação específica de ação ou omissão. Revela-se na contradição entre o fato e a norma. Há a violação de um direito subjetivo alheio, ou de uma disposição de lei que protege interesses alheios. Há violação de uma proibição específica, que pode ser uma obrigação ou um dever concretamente determinado.

Portanto, enquanto o ato ilícito excede os limites lógico formais do direito, o ato abusivo ultrapassa os limites axiológicos-materiais de uma situação concreta. Deste modo, em ambos está presente a antijuridicidade que, enquanto no primeiro, refere-se à forma, no segundo refere-se ao seu fundamento ou valor. Por isso, o abuso do direito conta com uma aparência de direito, algo que não se faz presente no ato ilícito. Trata-se enfim de afirmar, que quando se pratica um ato abusivo,

¹³¹ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 499.

¹³² **Das obrigações...**, p. 563.

¹³³ ANTUNES VARELA. **Das obrigações ...**, p. 563.

exerce-se um direito próprio, do qual se é titular, ao contrário do ilícito, em que se pratica um ato contrário ao ordenamento jurídico.

No que se refere à culpa, não obstante ela se apresente como elemento constitutivo do ato ilícito para a doutrina francesa,¹³⁴ nem sempre a ilicitude implica em sua existência. Eis que um pensamento contrário a esta idéia, encontra justificativa em um modelo de responsabilidade civil subjetiva que está na base dos códigos modernos. Hoje, esta noção encontra-se superada pela responsabilidade sem culpa, seja por um mecanismo de sua presunção, ou pela aplicação da teoria do risco. E isto ocorre, porque a culpa e a ilicitude são conceitos autônomos, abrangendo aspectos diversos da conduta do autor do ato, ainda que complementares.¹³⁵

Não obstante a culpa já se ter delineado como fundamento para o ato abusivo, em face das já suscitadas teorias subjetivistas, hoje este caráter resta rompido. E de tal modo, a não ser necessária a consciência do agente, em ter excedido no exercício de seu direito, basta que objetivamente tenha excedido tais limites (boa-fé, bons costumes e o fim social e econômico do direito). Esta superação encontra justificativa em um contexto civilístico, no qual o dogma da vontade demite-se cada vez mais da condição de seu fundamento. Com vistas a configurar a autonomia dogmática do abuso do direito em relação ao ilícito, ainda requer-se uma distinção que se promove no plano das conseqüências. Trata-se do principal argumento que levou a concluir por uma identidade entre as referidas figuras, engendrada por uma identidade de efeitos.¹³⁶

¹³⁴ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 314.

¹³⁵ Parafraseando ANTUNES VARELA, a ilicitude considera objetivamente a conduta do agente, pois consiste em uma negação de valores tutelados pela ordem jurídica. Já a culpa revela o aspecto subjetivo do fato, o lado individual, que censura a conduta do agente. (*Das obrigações...*, p. 579)

¹³⁶ Nesta perspectiva, inserem-se as argumentações de Manuel Domingues de Andrade e Vaz Serra, pois para distinguir o ato abusivo do ilícito, partem da indagação, segundo a qual as conseqüências que resultam de um e de outro, seriam as mesmas ou não. Se forem as mesmas, aduz o primeiro, o abuso não passaria de um "expediente interpretativo", possibilitando ao lesado, agir como se o direito exercido abusivamente faltasse ao seu agente, propiciando uma indenização por ilícito extracontratual. Não muito diversamente, posiciona-se o segundo, considerando-o como "falta de direito", não oferecendo qualquer especificidade diante do ilícito, e por isso, aceitando a identidade de efeitos com a "carência de direito", em recepção à logomaquia de Planiol (CUNHA DE

Verifica-se que, ambos ensejam a obrigação de indenizar, e isto ocorre porque encontram-se em uma esfera de antijuridicidade.¹³⁷ Mas, para que exista esta obrigação de indenizar, o dano constitui-se em condição essencial, sendo necessário que o ato tenha causado um prejuízo a alguém. E o dano não é o elemento que qualifica o ato como ilícito, mas que se configura em pressuposto da própria responsabilidade civil,¹³⁸ pois somente em face da existência de um prejuízo há necessidade de responsabilizar alguém. É por isso que ele é definido como "a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo fato, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar".¹³⁹ Assim, se ao ato abusivo sobrevem dano, justifica-se a obrigação de indenizar.¹⁴⁰

Mas ocorre que o abuso do direito sempre foi equiparado ao ato ilícito, nos efeitos, ensejando na maioria das vezes, a sanção referida. Hoje, a ampliação de seu conceito, tornou insuficiente este regime repressivo, pois em muitos casos, restaria ineficaz.¹⁴¹ Há, portanto, uma diversidade de sanções para o ato abusivo, à qual poderia se recorrer para diferenciá-los.

Neste sentido, nem sempre há que se aplicar a obrigação de indenizar ao abuso do direito, sendo necessário que sobrevenha o dano, tal qual como acontece com o ato ilícito.¹⁴² Assim alega-se a respeito de algum vício, como aquele que se

SÁ, *op. cit.*, p. 488-493).

¹³⁷ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 497.

¹³⁸ PESSOA JORGE citado por CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 509.

¹³⁹ ANTUNES VARELA. *Das obrigações*..., p. 591.

¹⁴⁰ E de sua prática surge a obrigação de indenizar, sempre que se comprovem seus pressupostos: dolo ou culpa; o dano e a relação de causalidade entre o dano e o ato abusivo. Neste último, verifica-se a transgressão de um dever de não abusar, que consiste em atuar em conformidade com a boa-fé, os bons costumes e a finalidade econômica e social do direito. (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 643)

¹⁴¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 134.

¹⁴² "...resta entretanto acentuar que os *efeitos jurídicos do abuso do direito* se não confinam, como erroneamente poderia supor-se em face da mais antiga jurisprudência francesa, à *obrigação de indenizar* os danos causados a outrem pelo exercício abuso do direito.

Podem ser outros, muito diferentes, os efeitos decorrentes da ofensa do elemento axiológico-

revela na realização de um negócio jurídico, tornando aplicável a nulidade ou anulabilidade do próprio ato jurídico, que se revela abusivo. Do mesmo modo, coloca-se a convalidação de um negócio que, a princípio, seria anulável, como quando o relativamente incapaz pratica um ato jurídico, perante o qual se fez dolosamente passar por absolutamente capaz. No caso de mau uso da propriedade, verificado nas relações de vizinhança, a sanção ao proprietário que assim age, pode ser a demolição de uma construção realizada ou a supressão do ato; Em verificando-se o exercício abusivo de autoridade paterna, a sanção pode ser a suspensão desta autoridade.¹⁴³

No entanto, adverte CUNHA DE SÁ, que não é a especificidade da sanção que leva a concluir-se pela autonomia do abuso do direito face ao ilícito e, sim, a construção científica que o ordenamento jurídico confere ao primeiro, a fim de delinear seus efeitos. Portanto, há que se determinar qual é sua "essência íntima", para mostrar o quão diversas são as duas figuras.

Se, diante de tais argumentações, já seria possível delinear o caráter autônomo do abuso do direito, seu alcance encontra um novo obstáculo a ser transposto: trata-se de delinear-lo em sua externalidade em relação ao próprio direito subjetivo, de tal forma a residir nisto, sua verdadeira autonomia.

2.4.2 A Teoria do Abuso do Direito Delineada Fora do Direito Subjetivo

A construção teórica do abuso do direito, delineada por Castanheira Neves e Cunha de Sá, em páginas anteriores, sofre a crítica de MENEZES CORDEIRO, ao denominá-la de mero "axiologismo formal".¹⁴⁴

A crítica esboçada por este autor parte da contraposição entre as teorias internas e externas sobre o abuso do direito. Para aquelas, o ato abusivo expressa-

normativo do direito, consoante a natureza da violação cometida." (ANTUNES VARELA.. **O abuso do direito...**, p. 58-59)

¹⁴³ *Ibidem*, p. 59.

¹⁴⁴ MENEZES CORDEIRO. **Da boa fé...**, p. 870.

se no conteúdo do direito subjetivo, revelado em cada caso concreto. Já para estas, em uma contraposição entre normas que garantem o direito subjetivo com certo conteúdo e aquelas que delimitam seu exercício, expressando-o como tal.¹⁴⁵

Ainda afirma o referido autor que as teorias internas tomam corpo com a tese finalista de Josserand e afirmam-se com o "axiologismo formal" de Castanheira Neves e Cunha de Sá. No entanto, como já afirmado, as críticas deste último ao finalismo, fazem-se justamente em face de uma externalidade presente no fim social do direito subjetivo, pois não revelaria seu fundamento valorativo, que lhe é interno. Mas a crítica de Menezes Cordeiro não está propriamente na localização do fim social ou do valor, pois tanto a violação de um como do outro, gera o abuso do direito para os mencionados autores e, sim, na necessidade de se determinar, tanto aquele como este, em cada caso concreto e em cada direito subjetivo.¹⁴⁶

É por isso, que tais casos apontam para uma convergência: a necessidade de interpretação para se obter o fundamento axiológico de cada direito. Isto implica em tomar o ato abusivo em mero problema de interpretação, proporcionando uma saída formal para o problema, impedindo-o de ser delineado em sua concepção autônoma, o que não passaria de mais um modo de negar a referida teoria. E a severidade de suas afirmações, podem ser traduzidas por suas próprias palavras, ao dizer: "Por isso, tal como as construções centrais clássicas francesas, o axiologismo formal acaba por negar o abuso do direito como fenômeno autônomo; teoricamente, adita-lhe uma projeção que mais não faz do que prolongar o nível regulativo do direito subjetivo; praticamente reduz-se a mais um fator interpretativo, também ele negador do abuso".¹⁴⁷

¹⁴⁵ Ressalte-se que embora esta contraposição entre teorias internas e externas não seja de criação deste autor, pois foi formulada por Siebert, é por ele adotada, e imprescindível à formulação de sua tese sobre o "exercício inadmissível de posições jurídicas". (MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 861-862)

¹⁴⁶ *Da boa fé...*, p. 864.

¹⁴⁷ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 872. Não obstante as críticas endereçadas, MENEZES CORDEIRO reconhece em Castanheira Neves, o mérito de ter conseguido documentar no abuso do direito, o "moderno pensamento jurídico". (*Ibidem*, p. 874)

Há, entretanto, aqueles que explicitamente aderem à redução do problema do abuso do direito a uma mera interpretação, como Mário ROTONDI, ao encará-lo, não como um conceito jurídico e sim como um fenômeno social.¹⁴⁸ A antítese entre abuso e direito, tão apregoada por Planiol, ressoa para Rotondi, como o conflito entre o direito estabelecido pelas normas jurídicas e as condições econômicas, técnicas, sociais, psicológicas e éticas. Eis seu caráter interpretativo, no sentido de adaptar um Direito de esquemas rígidos à situações imprevisíveis, o que permite pensá-la apenas como um modo de negar a teoria do abuso do direito.¹⁴⁹ Trata-se de uma proposição de teor legalista, que não concebe outras fontes do Direito, senão a norma positivada. Assim, para Rotondi, o papel da jurisprudência em relação ao ato abusivo resta diminuído, pois apenas revela a necessidade de uma nova norma, e que não basta para modificar a lei, devendo ser prevista sua proibição por esta última. No entanto, da evolução jurisprudencial pela qual se delineou a nova figura, o que se verifica é exatamente o oposto, pois a teoria do abuso do direito surge como um princípio geral.

Em verdade, a rejeição expressa por Menezes Cordeiro ao que denomina de "axiologismo formal", fundamenta-se no desenvolvimento de uma teoria do abuso do direito alheia ao princípio da boa-fé e, por isso, vinculada à sistemática jusracionalista. Portanto, se as inúmeras teses formuladas anteriormente, continuavam adstritas ao absolutismo dos direitos subjetivos, impedindo sua configuração autônoma, este problema não desaparece de todo com a tese do "axiologismo-normativo".¹⁵⁰ É o que pode ser concluído, em face da justificativa apontada por MENEZES CORDEIRO, para a "decadência" do abuso do direito, ao localizá-lo através dos pressupostos da responsabilidade civil.¹⁵¹ Esta realidade não

¹⁴⁸ **L'abuso del**, p. 20-21.

¹⁴⁹ É desse modo que CUNHA DE SÁ enquadra Mario Rotondi, como partidário das teses que negam a existência do abuso do direito, pois para este último, o abuso do direito seria uma categoria metajurídica, que atua na transformação de um direito constituído e assegura seu desenvolvimento progressivo. (*Op. cit.*, p. 306)

¹⁵⁰ **Da boa fé...**, p. 870.

¹⁵¹ O sentido dessa decadência encontra-se na seguinte passagem esboçada pelo autor: "A decadência do abuso do direito em si é constatável na doutrina e jurisprudência francesas da

encontra-se de todo afastada na teoria de Cunha de Sá, quando este utiliza-se da aparência de direito subjetivo para distingui-lo do ilícito.

Mas, se as teorias internas não logram nem um pouco a simpatia de MENEZES CORDEIRO para com as teorias externas, as coisas não se passam de modo muito diverso, pois estas também implicariam em negar ao abuso do direito sua "autonomia dogmática".¹⁵² Mas, enquanto nas teorias internas, o ato abusivo somente pode ser delineada em face do caso concreto, no qual determina-se o conteúdo do direito subjetivo, nas teorias externas é possível autonomizar os limites do direito subjetivo, determinando-os abstratamente. Nestas, o abuso do direito ocorre em comportamentos que se mantêm no campo permitido por normas que instituem o direito subjetivo, mas violam as normas que regulam seu exercício.

Portanto, as críticas engendradas pelo autor às teorias internas, justifica-se pela necessidade de concretização dos direitos subjetivos, a fim de delinear seu conteúdo, revelando o ato abusivo pelo desrespeito às funções ou valores que o acompanham. Já as teorias externas, proporcionam algo que não se enquadra nas teorias internas. Permite erigir valores gerais ou funções genéricas, independente da interpretação de cada direito. É neste momento que encontra lugar a boa-fé e os bons costumes. Não como meros princípios de um "direito justo" e, portanto, de importância diminuta,¹⁵³ mas enquanto limites traçados à limitação do exercício dos

actualidade. A fórmula, muito citada, de Planiol, que sublinhando a natureza logomáquica do abuso, explica que o direito cessa onde começa o abuso, não é responsável pela decadência: esta deve imputar-se à teoria e à prática judicial de localizar o ch. abuso por meio dos pressupostos de responsabilidade civil, com variável, pois, na licitude - mais precisamente na 'falta' onde, segundo a técnica jurídica francesa, a licitude se integra - a qual implica, como base do juízo de valor, o conhecimento do alcance exacto da norma instituidora do direito subjectivo, numa operação interpretativa." (*Ibidem*, p. 865) Deve-se, com isso, atentar para o sentido dessa "decadência", a qual não pode ser aceita como uma "crise" ou extinção da figura do abuso do direito, mas de sua verdadeira transformação, passando a ser delineado sob a égide de princípios que se revalorizam como a boa-fé.

¹⁵² "...tal como as construções centrais clássicas francesas o axiologismo formal acaba por negar o abuso do direito como fenómeno autónomo; teoricamente, adita-lhe uma projecção que mais não faz do que prolongar o nível regulativo do direito subjectivo; praticamente, reduz-se a mais um factor interpretativo, também ele negador do abuso." (MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 866)

¹⁵³ Esta é exatamente uma das críticas endossadas por MENEZES CORDEIRO ao "axiologismo-formal", tal qual como proposto por Castanheira Neves, quando este desconsidera a importância da boa-fé para o abuso do direito, pois seria apenas um princípio de "direito justo", independente de normas que o visem. (*Da boa fé...*, p. 868)

direitos subjetivos, em geral, sem depender de sua determinação em cada caso concreto, como ocorre com os elementos internos. Esta limitação proporcionada pela teoria do abuso do direito, que deverá se compreender na violação ao princípio da boa-fé, é dotada de um traço de exterioridade em relação ao próprio direito subjetivo.

Esta exterioridade, possibilita a materialização do referido princípio, em que na determinação dos limites do direito subjetivo, restaria esboçada a verdadeira autonomia do ato abusivo. Não se trata mais de indagar de sua autonomia em relação ao ato ilícito ou em face da teoria da responsabilidade civil, mas em relação ao próprio direito subjetivo, que enquanto se mantém com um teor "absoluto", afeito aos princípios jusracionalistas da civilística clássica, propicia a negação do abuso do direito.

Com efeito, para Menezes Cordeiro, o abuso do direito tem suas possibilidades esgotadas no direito subjetivo. Ao se impor a cláusula geral da boa-fé enquanto limite ao ato abusivo, abre-se espaço para esta externalidade que se faz necessária. E de tal modo, que a teoria do abuso do direito passa a se configurar não apenas como o limite que se impõe ao direito subjetivo, mas que atinge prerrogativas que não se enquadram neste conceito. Há um alargamento das situações que se configuram como ato abusivo, consubstanciada pela fórmula do "exercício inadmissível de posições jurídicas".

O princípio da boa-fé desempenha um papel fundamental nas regulações típicas do abuso do direito, segundo MENEZES CORDEIRO: vocação específica para intervir em relações que envolvam duas ou mais pessoas. Isto quer dizer que a boa-fé vai assumir um papel específico, tornando o abuso do direito aplicável às situações que não se enquadram na moldura de direito subjetivo, como ocorre nas relações contratuais. Já aos bons costumes e à função social e econômica dos direitos, cabe-lhes um papel diverso a ser exercido quanto ao abuso do direito.¹⁵⁴

Estruturando sua teoria, em torno da externalidade do direito subjetivo, em

¹⁵⁴ "O essencial do exercício inadmissível de posições jurídicas é dado pela boa-fé; aos bons costumes e à função social e econômica dos direitos, incluídos no artigo 334, cabe um papel diferente". (MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 901)

busca de sua verdadeira autonomia, Menezes Cordeiro acaba por responder uma questão já suscitada por Cunha de Sá. Trata-se de indagar se o conceito de ato abusivo é exclusivo do direito subjetivo, de tal modo a afastá-lo de todas as prerrogativas individuais que não se configurarem como tal.

No limiar histórico traçado pelas teses que se desenvolveram em torno do abuso do direito, essa questão é suscitada. As primeiras concepções que se desenvolvem sobre o assunto, mais especificamente, as subjetivistas, negam a aplicação da nova teoria a uma determinada categoria de direitos. Já aquelas que se desenvolvem em meio a um teor objetivista, alargam este campo de incidência, com vistas a abranger todas as categorias de direitos subjetivos. Mas, muito mais do que isto, como se verificou por último, a ponto de determinar a aplicação da teoria do abuso do direito fora do próprio direito subjetivo, garante-se com esta externalidade, a limitação de situações que por não se amoldarem àquele conceito, estariam destituídas do controle da abusividade.

Entre os primeiros, encontramos aqueles para quem o abuso do direito teria apenas um fundamento moral. Assim, para RIPERT, certos direitos estariam excluídos da incidência do ato abusivo, ao serem concedidos por lei com vistas a um exercício arbitrário, que só traz utilidades e vantagens para seu titular.¹⁵⁵

DABIN exclui os direitos-função do controle proporcionado pela teoria do abuso do direito. A justificativa desta exclusão ocorreria em face de sua própria natureza, pois seu controle é instituído em razão da função para a qual foram outorgados. A moralidade que fundamenta a construção teórica em torno do ato abusivo acaba por ceder diante de fontes de outra ordem, quando causam-se mais inconvenientes do que abusos.¹⁵⁶

Para JOSSERAND, o espírito, o abuso e a relatividade do direito são

¹⁵⁵ RIPERT denomina-os de direitos de exercício arbitrário, que são considerados irrepreensíveis por conterem em si mesmos, sua própria utilidade, ou porque há motivos tão pessoais que ensejam seu exercício, a ponto de excluí-los de toda apreciação judicial. Exemplo disso, é o direito que o testador tem de excluir seus parentes mais próximos, deixando seus bens a um estranho, ainda que ele não tivesse outro fim, do que prejudicar a família. Trata-se de uma concepção extremamente individualista de direito subjetivo, que não mais prevalece (*Op.cit.*, p. 174).

¹⁵⁶ Neste sentido, justifica DABIN, *op. cit.*, p. 308. Como exemplo de direitos discricionários que não estariam sujeitos ao exercício abusivo, o referido jurista cita o direito de autor, o direito do condômino de pedir a divisão da coisa comum, e o direito de dispor por testamento, entre outros.

conceitos inseparáveis que revelam o caráter social das prerrogativas jurídicas. Daí surgem as três categorias de direitos subjetivos definidas por Josserand, como "direitos não causados", os quais configuram-se como "absolutos", imunes à qualquer responsabilidade em razão de um exercício abusivo; os direitos de espírito egoísta, pois visam atender aos interesses do titular; e os direitos de espírito altruísta, que remontam aos interesses exteriores ao titular. Estes últimos são passíveis de se configurar como abusivos, pois o legislador requer que sejam exercidos em conformidade com o interesse sério e legítimo a que se destinam: o do titular ou de terceiros. Assim, Josserand também preserva um núcleo de direitos subjetivos aos quais estria excluída a possibilidade de ato abusivo. Trata-se dos direitos "não causados", que podem ser exercidos pelo seu titular como melhor lhe aprouver, sem incorrer em responsabilidade.¹⁵⁷

A proposição de todos estes autores em negar à determinada categoria de direitos subjetivos a aplicação da teoria do abuso do direito é resultado da preservação desta prerrogativa individual em seu sentido "absoluto". Pois se não há exercício de um direito subjetivo no abuso do direito, não há ato abusivo quanto às demais prerrogativas, porque não são direitos subjetivos.¹⁵⁸ Portanto, pelas mesmas razões que se identifica o abuso nos direitos subjetivos, pode se identificar o abuso no exercício de outras prerrogativas individuais.

Mas, quando se chega à maior amplitude do ato abusivo, admitindo sua proibição à toda a modalidade de direitos subjetivos, indaga-se se esta teoria pode ser aplicada fora dele. A questão ganha importância, quando se cogita do abuso de liberdade. Não se trata de uma questão nova, pois sua admissibilidade já era engendrada mesmo por aqueles que mantinham um núcleo de direitos subjetivos insuscetíveis de aplicação da referida teoria. Josserand encontra-se entre os partidários dessa tese, justificando que a liberdade é a fonte de todos os direitos subjetivos. Rotondi assevera a proposição de Josserand, mas indaga qual a fórmula

¹⁵⁷ Portanto, a teoria de Josserand é teleológica e Virgilio GIORGIANNI aponta a consequência da transposição da distinção entre direitos causados ou não causados, ou ainda, absolutos e relativos para o plano metajurídico: é a finalidade ou concepção social do direito subjetivo que é inerente à contraposição entre "individualismo" e "socialismo jurídico". (*Op. cit.*, p. 100)

¹⁵⁸ Neste sentido assevera CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 550.

que deverá assumir o abuso do direito em tal caso. Entre aqueles que concentram a aplicação do princípio aos direitos subjetivos, negando que possa ser aplicável à liberdade, encontramos Salvatore Romano.

CUNHA DE SÁ encontra uma justificativa para tais recusas: como as liberdades são indefinidas, só podem pertencer ao campo da política legislativa. Assevera este autor, que o ato abusivo não pode ser reduzido a uma coleção sistemática de direitos subjetivos. Mas também seria inconveniente alargar a noção de direito subjetivo para hipóteses às quais não se adapta. Por isso, aquele autor reconhece o elemento axiológico mesmo naquelas prerrogativas individuais que não se apresentam como direitos subjetivos. E seria abusivo, portanto, tanto o excesso dos limites axiológicos materiais de um direito subjetivo, quanto a violação do fundamento de uma prerrogativa individual do sujeito.¹⁵⁹

Não obstante as críticas por este lançadas à tese de Cunha de Sá, trazem-se respostas para as questões formuladas por este último. O abuso do direito poderia ser aplicado a uma série de prerrogativas individuais que não se encaixam no conceito de direito subjetivo, face sua externalidade. Deste modo, situações que por não se moldarem ao conceito deste último, antes, ficariam destituídas de limites, ora, encontram seu justo limite, e entre estas, poderia se encontrar o abuso de liberdade.

Nesta perspectiva, é possível constatar que a teoria de Menezes Cordeiro, mais do que criticar contribuiu ao esclarecimento de questões não resolvidas pelas concepções de Cunha de Sá e Castanheira Neves. Eis que o ato abusivo passa a ser delineado fora do direito subjetivo, alcançando uma série de outras prerrogativas que não se enquadravam neste conceito. E que trazem resposta para a limitação ao exercício da liberdade de contratar e da liberdade contratual, como revela-se o exercício de direitos potestativos, tal qual o de resolução do contrato.

Mas não se pode deixar de afirmar que, se as construções até então referidas não ultrapassam a sistemática jusracionalista, entretanto, sua teoria não deixa de estar muito longe de sua própria crítica, uma vez que a casuística da boa-

¹⁵⁹ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 617.

fé, promovida pela tradição germânica, é fruto de um desenvolvimento da Pandectística.

Deste modo, após perpassar todas estas construções teóricas, poder-se-ia indagar se há um fim para formular critérios para configuração do abuso do direito. E, mais ainda, se é a contrariedade à boa-fé seu critério definitivo.

Embora ainda não se possa afirmar, pelo menos no que se refere às últimas concepções delineadas, há contribuições que podem ser retiradas de cada autor para uma reflexão sobre o tema. Eis que cada uma delas assentam-se em concepções diversas de seus autores sobre o próprio Direito, o que se reflete no tema do abuso do direito. E deste modo, não podemos deixar de continuar afirmando como fazíamos no início deste capítulo, pelas palavras de Pietro RESCIGNO, que no abuso do direito encontram-se e medem-se as diversas ideologias dos juristas.¹⁶⁰

¹⁶⁰ *Op. cit.*, p. 11.

3 A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À LIBERDADE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

3.1 MUDANÇA SOCIAL E ALTERAÇÕES NA TEORIA CONTRATUAL

3.1.1 O Contrato e seus Limites no Direito Privado Clássico

À concepção tradicional de contrato opõe-se uma nova concepção,¹ contraposição esta que tem-se justificado pela idéia de "crise" ou "decadência".² Entretanto, não é de crise que neste momento se quer tratar, mas de uma diversidade de concepções, às quais se ligam a idéia de contrato, perfazendo sua "historicidade" e "relatividade". Trata-se de uma fisionomia transformada em face do contexto econômico, social e político no qual se insere.³

Nesta perspectiva, o contrato é chamado a desempenhar papéis: no âmbito das relações sociais ele se constitui como emanção da personalidade de seu autor;⁴ na esfera política, ele mostra-se como instrumento de justificação do Estado, como pretenderam esboçar as teses contratualistas; no aspecto econômico, ele reflete as mudanças do modo de produção vigente, remetendo-se à idéia de operação econômica.⁵

O encontro destes três papéis do contrato sempre estiveram presentes em sua "concepção clássica", de modo a esboçar o teor de seus princípios mas não obstante, sob nova perspectiva, também encontram-se presentes sob as vestes de

¹ A concepção tradicional também é denominada de "liberal" e a nova concepção é denominada de "moderna" ou "social" (NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo : Saraiva, 1994. p. 41).

² Indaga Fernando NORONHA, se "o contrato estará em crise", sendo que alguns chegam a falar até mesmo em sua morte, como Grant Gilmore (*Op. cit.*, p. 1).

³ Trata-se de expressões cunhadas por Enzo ROPPO, o qual refere-se à "historicidade" e "relatividade" do contrato, os quais emergem de uma perspectiva de evolução histórica do instituto, no fato de que "o contrato muda a sua disciplina e as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido" (**O contrato**. Coimbra : Almedina, 1988. p. 24).

⁴ ROPPO, *op. cit.*, p. 309.

⁵ *Ibidem*, p. 8.

uma "nova teoria contratual". É por isso que a tão fadada "crise" que lhe é atribuída, traduz o sentido de suas transformações, as quais só podem ser compreendidas em face de seu desenvolvimento através dos tempos, revestido de avanços e regressos. Neste caminho, o contrato revela-se como um dos três pilares da ordem jurídica que, ao lado da família e da propriedade, mostra-se dotado de uma "flexibilidade" capaz de adaptá-lo aos mais variados sistemas econômicos e políticos nos quais se encontre.⁶

A concepção clássica de contrato é criação da Modernidade, pois ao contrário do que se poderia pensar, ela não se encontra formulada entre os romanos. Entre estes, ela revestia-se de um teor completamente diverso daquele tal qual conhecemos hoje. O direito romano estruturou a figura do *contractum* e do *pactum*, ambos formas de *conventio*: os primeiros revestidos de uma ação que os assegurava; já os segundos, sem tal característica, gerando apenas exceções. O que caracterizava esses vínculos era o elemento material, a exteriorização de sua forma para gerar obrigações, a qual caracterizava-se pela entrega do objeto e a declaração de certas palavras. Nisto, verifica-se a insuficiência do mero acordo de vontades, sendo necessária a forma, para sua celebração. Nesta perspectiva, o contrato reveste-se de um caráter essencialmente objetivo, revelado entre os romanos, onde a vontade não ocupava qualquer lugar de destaque.

Trata-se de um conceito diametralmente oposto àquele esboçado pela Modernidade, em face do qual o contrato se reveste de caráter subjetivo, assentando-se sobre as premissas básicas da vontade e da liberdade, de modo a afirmar Judith MARTINS-COSTA que, "a noção romana de 'contractus' nada tem a ver com a noção moderna. Lá sua conotação era objetiva, não se considerava a vontade subjetiva como fator que constitui o vínculo".⁷

⁶ CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*. 7. ed. Paris : LGDJ, 1992. p. 200. Neste sentido, podemos salientar pelas palavras de Enzo ROPPO: "...os conceitos jurídicos reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a *realidade económico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica." (*Op. cit.*, p. 7).

⁷ A noção de contrato na história dos pactos. *Uma vida dedicada ao direito*: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo : RT, 1995. p. 499.

Mas esta diversidade de concepções encontrada entre os romanos e os modernos, não significa que, para aqueles, o contrato não desempenhava uma função econômica. Ao contrário, ele identificava-se com as operações econômicas mais utilizadas, e de tal modo, que Enzo ROPPO chegou a afirmar que, "...a operação econômica sobrepunha-se ao contrato, absorvia-o...".⁸ Isto explica porque os romanos conheceram apenas alguns contratos típicos, como a compra e venda, a locação, o depósito e o mútuo, pois em face de sua difusão e importância, tais modelos revelaram-se como merecedores de tutela jurídica.⁹ Apenas mais tarde, na época Justininéia, é que se reconhece a figura do contrato inominado,¹⁰ atraso este que se justifica pelo fato de os romanos não serem afeitos a abstrações. Suas construções apresentavam-se como essencialmente típicas, providenciadas através do trabalho dos jurisconsultos, em conformidade com o que também se passou com a teoria do abuso do direito, pois semelhantes abstrações são traços de um outro tipo de racionalidade, a moderna. A formulação de poucas figuras típicas está em suma a revelar que no direito romano, o contrato não se revestiu como categoria autônoma, a não ser em um período já tardio, na época Justininéia, em que se criara um esquema de contrato inominado. Coube então, à Modernidade, a tarefa de delinear o contrato como tal, o que levou a duas ordens de idéias: por um lado, que o contrato se reveste de uma noção geral propiciada por um sistema jurídico assentado sob bases jusnaturalistas, possibilitando seu reconhecimento como a principal fonte de obrigações¹¹ e, por outro, que ao ser identificado com a operação econômica, esta se tornará uma de suas principais funções, com vistas à instauração do modo de produção capitalista nas sociedades modernas, atuando

⁸ *Op. cit.*, p. 17.

⁹ *Ibidem*, p. 16-17.

¹⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹¹ Neste sentido, refere-se Caio Mário: "O confronto com o direito moderno pode não acusar, ao primeiro súbito, maior disparidade. Uma aproximação mais chegada e uma perquirição mais aguda apontam, entretanto, sensível diferença, que vai articular-se na noção mesma do ato, naquele sistema jurídico. Ali, como nas sociedades antigas, a convenção por si só não tem o poder criador de obrigações" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 3. p. 3).

conjuntamente com sua função social e política. Deste modo, revela-se uma de suas características mais notáveis, empreendida pela Modernidade.

O fundamento destas idéias encontra-se em uma contraposição entre a concepção romana e a concepção moderna de contrato, baseada na inversão de duas faces do Direito: a separação entre direito objetivo e direito subjetivo, preferindo os modernos a supremacia deste. Esta inversão revela-se sob uma perspectiva social evidenciada pela célebre teoria da passagem do *status* ao contrato. Trata-se da teoria propugnada por Henri Sumner, conhecida como a "lei de Maine", que propugnava que as relações entre os homens nas sociedades antigas eram determinadas pelo fato de pertencer cada um a um certo grupo, que evidenciava seu *status*. Em conformidade com a validade desta formulação teórica, tal como apontado por Enzo ROPPO, verifica-se que o indivíduo não tinha o poder de autodeterminação como propiciado pelos sistemas jurídicos modernos, que fundamentava-se no princípio da autonomia da vontade.¹²

Nas sociedades antigas, o *status* do indivíduo é condicionado por sua posição social, a qual lhe permitirá ou não o exercício de certa liberdade, que consiste em não ser escravo, ou estrangeiro, mas em ser cidadão, homem livre, ao qual se reservam os direitos políticos e civis.¹³ Trata-se ainda de uma liberdade, que se concretiza no espaço público, representado pela cidade, logicamente anterior ao indivíduo. Isto também implica em afirmar que o direito objetivo é logicamente anterior ao direito subjetivo, o que justifica a concepção formal de contrato destituída do elemento vontade para os romanos.

Para que a concepção de contrato passasse a se fundamentar na vontade,

¹² Aduz o referido autor, ao se referir à Lei de Maine que, "aquela fórmula exprime uma tendência historicamente verificada, pelo menos no sentido geral de uma evolução para formas de organizações sociais tais, que reduzem progressivamente ou ao grupo em que está inserido (que lhe limitavam a liberdade e a própria capacidade legal de assumir autonomamente as suas obrigações e adquirir os seus direitos); com o óbvio resultado de multiplicar as suas possibilidades de determinar, por si, com actos voluntários - portanto tipicamente com o instrumento do contrato - a esfera dos seus direitos e deveres" (*Op. cit.*, p. 27).

¹³ A respeito desta liberdade, expressou Óscar CORREAS: "*la libertad, para el mundo antiguo, consistía en no ser esclavo ni meteco ni extranjero; el hombre libre es el ciudadano, a quien le están reservados todos los derechos políticos y civiles.*" (*Introducción a la crítica del derecho moderno*. 2. ed. Puebla : Universidad Autónoma de Puebla, 1986. p. 79)

foi necessário uma inversão desta ordem de idéias. A liberdade e conseqüentemente, a possibilidade de contratar, não poderia mais ser conferida pelo *status* ao indivíduo, o que sujeitava este instrumento jurídico a uma série de entraves ditados pela Idade Média. Por isso, instaura-se a qualificação de sujeito de direito, possibilitada pelo direito canônico e pelo jusnaturalismo. Nesta perspectiva, o contrato revela-se como manifestação da personalidade dos indivíduos, encontrando seu significado no alcance ideológico daquela noção. Não se concebia mais que o indivíduo permanecesse enclausurado pelas restrições do sistema feudal. Era necessário libertá-lo, o que se obteve através da referida noção, tornando a todos livres e iguais, ainda que tão-só formalmente para contratar. Mas principalmente para contratar sua força de trabalho, o que significa dizer, em conformidade com as palavras de Michel MIALLE, que a "noção de sujeito de direito mostra-se absolutamente indispensável para o modo de produção capitalista."¹⁴ Assim, é possível concluir que a mudança social que se estabelece na Idade Moderna é resultado de uma mudança do modo de produção econômica.

Esta liberdade que no momento se faz presente no espaço privado, só é possível porque ao contrato também se conferiu um papel político. Trata-se da tese esboçada pelas teorias contratualistas, nas quais o Estado Moderno ganha uma hipotética justificação pelo fato de indivíduos, fora de qualquer organização social, pactuarem a existência deste último.¹⁵

Tomando-se por base o "contratualismo" de Thomas Hobbes, vamos encontrar a inversão operada pela Modernidade, capaz de suscitar uma concepção subjetiva de contrato, e as premissas básicas de seu conceito tradicional, o qual tornará possível aos homens, pactuarem o Estado Moderno.

Parte-se do pressuposto de que os homens vivem em um estado de natureza, onde não há um poder comum, sendo portanto, governados por suas

¹⁴ **Introdução crítica ao direito.** 2. ed. Lisboa : Moraes, 1989. p. 118.

¹⁵ Neste sentido, aduz Enzo ROPPO: "A teoria política do 'contratualismo' mostra, assim, à evidência como o conceito de contrato (melhor: um certo conceito de contrato) pode ser utilizado, e foi historicamente utilizado, com uma função ideológica, quer dizer - uma vez que é este o significado técnico de 'ideologia' - com uma função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operando com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses" (*Op. cit.*, p. 29).

paixões. Embora dotados de uma razão, esta vai desempenhar um papel instrumental em relação à paixão, limitando-se a indicar os meios para satisfação dos desejos individuais. Conseqüentemente, é também a razão que levará os indivíduos a contratarem a passagem do estado de natureza para a vida em sociedade. Ao fazê-lo, superam um estado de guerra de todos contra todos, o qual poderia levá-los à morte violenta. Trata-se do medo, o qual leva os indivíduos a contratar entre si o Estado para estabelecimento da paz.¹⁶

Nesta ordem de idéias, encontramos delineado o contrato hobbesiano, sob as vestes do individualismo, fazendo-se necessário que os indivíduos sejam livres e iguais no estado de natureza, de modo a justificar sua renúncia de direitos em favor do soberano. Nesta passagem, a razão atuará como instrumento para autodeterminar a vontade individual, a qual passa a estar na gênese do Estado e do Direito, com vistas a revelar duas ordens de idéias: que o indivíduo encontra-se logicamente anterior ao Estado, invertendo-se a ordem herdada da Antigüidade; e de que não há qualquer justiça no estado de natureza, ela só surge quando instaurado o Direito, perfazendo-se pelo cumprimento dos pactos; portanto, "quem diz contratual, diz justo". Nas entrelinhas destas idéias, revelam-se os princípios que passaram a compor sua teoria tradicional, de forma a afirmar Gustav RADBRUCH, a uma função política do contrato na sociedade moderna.¹⁷

Verifica-se agora uma inversão capaz de perfazer a liberdade individual, impensável no mundo antigo, e que se reflete em uma concepção subjetiva de contrato, integrada pela vontade e a liberdade. Para que se delineasse esta

¹⁶ A este respeito, assevera Agostinho Ramalho MARQUES NETO: "É a razão que impõe a hipótese do contrato: o único meio logicamente eficaz para o trânsito do estado de natureza para sociedade civil consistente na renúncia recíproca que todos os indivíduos fazem, cada um perante cada um, daqueles direitos que todos possuíam ilimitadamente no estado de natureza, mas cuja manutenção após o contrato tornaria impossível a paz social..." (*Hobbes e as paixões*. Palestra proferida durante sarau realizado na Biblioteca Freudiana de Curitiba, em 16 de maio de 1994. (mimeografado) p. 15)

¹⁷ Aduz o autor: "Fundar o Estado com todo o seu poder jurídico soberano sobre a idéia dum contrato celebrado entre os seus membros, pareceu ser o suficiente para poder apresentar, em última análise, toda a obrigação como uma auto-obrigação. Julgou-se encontrar assim na idéia de *contrato social* o meio que permitiria reconduzir com pleno êxito toda a *heteronomia* a uma *autonomia* e deste modo resolver todo o direito público no direito privado." (*Filosofia do direito*. 6. ed. Coimbra : A. Amado, 1979. p. 283)

inversão, foi necessário um desenvolvimento que se processou durante parte da Idade Média e início da Moderna. Nesta perspectiva, são constantemente mencionadas pela doutrina, as contribuições do direito canônico e do jusnaturalismo. Os canonistas espiritualizaram o modelo convencional herdado dos romanos, libertando-o de formalidades excessivas. Afirmaram a idéia que o descumprimento do contrato seria equivalente ao pecado. Por outro lado, valorizaram o valor da palavra dada, o que contribuiu para mais tarde afirmar o princípio do consensualismo. Segundo este princípio, o mútuo consenso das partes é o elemento principal do contrato: as vontades dos contraentes, embora opostas, ajustam-se entre si, e deste encontro nasce o contrato.

Esta valoração se dá a tal ponto, que o contrato chega a ser considerado como "eixo fundamental da sociedade liberal, protótipo de seus valores e seus princípios...".¹⁸ Há uma valorização política e ideológica, perante a qual o contrato exprime a forma de organização da sociedade.¹⁹

É sob esta ótica de idéias que vai se apresentar o contrato para as sociedades codificadas do século XIX, contando com dois modelos básicos: o Código francês de 1804 e o BGB alemão de 1900.

Após a Revolução Francesa de 1789, as conquistas econômicas de uma nova classe em ascensão, a burguesia, precisavam ser consolidadas mediante uma nova estrutura política e jurídica. Enquanto a primeira pôde ser perfeitamente fundamentada pelas teses contratualistas, que delinearam a origem hipotética do Estado nos próprios indivíduos, a segunda só foi obtida com a codificação de 1804. E o *Code de Napoléon* prestou-se justamente a perpetuar o sentido de liberdade esboçado pela Revolução, e a proporcionar uma segurança jurídica para os interesses de um novo modo de produção. A liberdade era considerada como um direito natural, o que compreendia a livre iniciativa e expressava-se na vontade individual. Tais idéias, transpostas para o plano jurídico, apresentaram-se sob a forma do princípio da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

¹⁸ ROPPO, *op. cit.*, p. 28.

¹⁹ *Ibidem*, p. 28-29.

O princípio da autonomia da vontade foi consagrado como dogma de todo o ordenamento privado no *Code*. Pois ele bem expressa a livre iniciativa nos sistemas econômicos de índole liberal.²⁰ Segundo esta teoria, o homem é livre por essência e, por isso, não pode se obrigar a não ser por sua própria vontade.²¹ Esta perspectiva individualista e liberal atribuída à vontade é de índole kantiana, pois a moral kantiana estabelece o dado racional à vontade livre: age de tal forma, que sua conduta possa se expressar em uma regra universal. Trata-se da vontade guiada pela razão, como fonte geradora de obrigações.

A liberdade contratual liga-se à autonomia da vontade, porque esta se traduz em uma vontade livre.²² Delineada pelo direito natural, como inerente a todo homem, ela possibilita os pressupostos do contrato, quais sejam, de contratantes livres e iguais. Pois somente o homem livre pode manifestar validamente sua vontade, obrigando-se e vinculando-se. Assim, se o direito natural estabelece que a liberdade é um direito inerente a todos os homens, todos podem manifestar validamente sua vontade, isto é, todos podem contratar e conseqüentemente, todos podem se obrigar. Pelo princípio do consensualismo basta o acordo de vontades para que os contraentes se vinculem. Trata-se da liberdade contratual quanto à forma para validade do contrato: a vontade não seria mais soberana se sua eficácia estivesse subordinada a qualquer formalismo.²³ Daí resulta que a vontade é o "elemento essencial do contrato"²⁴ e, por assim se apresentar, impõe-se uma série de regras que tutelam esta vontade, tornando-a isenta de vícios. Tratam-se das regras referentes aos vícios do consentimento, pois somente a vontade livremente manifestada e sem vícios é capaz de obrigar. Neste aspecto, a anulabilidade de um

²⁰ NORONHA, *op. cit.*, p. 82.

²¹ GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil : les obligations, le contrat**. Paris : LGDJ, 1980. p. 18. O desenvolvimento da "teoria da autonomia da vontade", deve-se a Gounot, para quem a vontade das partes além de criar livremente o contrato, criaria livremente seu conteúdo. (NORONHA, *op. cit.*, p. 112)

²² MARQUES, Cláudia Lima. **Os contratos no código do consumidor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999, v. 1. p. 45.

²³ GHESTIN. **Traité de droit civil : les obligations...**, p. 23.

²⁴ *Ibidem*, p. 24.

ato jurídico por vícios do consentimento, tal como consagrado em nosso ordenamento jurídico, "rende homenagem à autonomia da vontade".²⁵

A consequência lógica destes princípios em torno do contrato é a regra da força obrigatória das convenções, pela qual costuma se dizer que o contrato tem força de "lei entre as partes". Trata-se da importância atribuída à vontade e à liberdade, pois se o indivíduo não pode jamais ser obrigado pela vontade dos outros, ele pode obrigar-se por si mesmo.²⁶ As partes só podem se obrigar ou se desobrigar mediante uma vontade livre, a qual se torna não apenas a gênese, mas a legitimação do contrato.²⁷ Pois é a vontade livre, ordenada pela razão, que torna legítimo o vínculo jurídico contratual, que se revela como fonte de toda justiça presente no contrato.

Esta força obrigatória com a qual se configuram as convenções legalmente contraídas pelas partes, não será apenas reconhecida pelo Direito, mas "vai se impor frente à tutela jurisdicional".²⁸ Trata-se do afirmado por Jacques Ghestin, de que tal princípio não se impõe somente às partes, mas também ao juiz. Neste aspecto, não cabe a este último intervir no contrato, modificando-o sob o pretexto da equidade, a não ser em casos excepcionais.

Em outra perspectiva, costuma-se dizer que a força obrigatória dos contratos limita-se às partes que dele participaram.²⁹ Trata-se do princípio dos efeitos relativos, também corolário da autonomia da vontade, pelo qual seus efeitos não podem atingir terceiros, pois restringem-se às partes. Tais princípios, decorrentes do dogma da autonomia da vontade, constituem a "teoria tradicional

²⁵ "Ainda quanto às consequências do dogma da autonomia da vontade, cabe destacar que se o consentimento viciado não obriga o indivíduo, o consentimento livre de vícios o obriga de tal maneira que mesmo sendo o conteúdo do contrato injusto ou abusivo, não poderá ele, na visão tradicional, recorrer ao direito a não ser em casos especialíssimos de lesão. Os motivos que levaram o indivíduo a contratar, suas expectativas originais são irrelevantes." (MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 48)

²⁶ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations...*, p. 24.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 39.

²⁸ *Ibidem*, p. 47.

²⁹ *Ibidem*, p. 47.

dos contratos", que contém em seu íntimo a "idéia de superioridade da vontade sobre a lei", devendo o Direito, moldar-se à vontade e reconhecer sua "força criadora".³⁰

Na perspectiva do Código napoleônico de 1804, o contrato aparece como fruto das conquistas políticas, ideológicas e econômicas da burguesia.³¹ É por isso que o modelo tradicional de contrato esboçado pelo *Code*, terá uma finalidade específica. Não se trata apenas de desempenhar um papel político e social, mas principalmente um papel econômico.³² Assim, há toda uma disciplina jurídica exposta no *Code* que se mostra apta a reger a vida e morte de um indivíduo: o burguês. Nesta regulação, o contrato presta-se a criar, não apenas relações patrimoniais, mas a própria família, resultando de uma ampliação do seu conceito em relação aos romanos.³³ Mas é no aspecto econômico que ele vai atender aos maiores anseios da burguesia.

O sistema econômico feudal vigente na Idade Média, ainda propiciava uma série de entraves econômicos que se chocavam com os interesses capitalistas. Os valores da liberdade proclamados pela Revolução Francesa tinham que ser efetivados, a fim de proporcionar segurança para seu comércio jurídico.

Entretanto, a propriedade ainda não estava completamente livre daqueles entraves, era necessário libertá-la, a fim de propiciar sua transmissibilidade. E o instrumento utilizado para tanto, foi o contrato. Ao estar previsto entre "os diversos modos de aquisição da propriedade", o contrato encontra uma estreita vinculação com a propriedade, a qual revela um papel instrumental e servil em relação à esta, e não um papel autônomo.³⁴

Portanto, o lugar reservado pelo Código francês ao contrato revela-se no sentido de atender exigências econômicas. Ele foi o instrumento jurídico que atuou

³⁰ *Ibidem*, p. 47.

³¹ ROPPO, *op. cit.*, p. 41.

³² *Ibidem*, p. 41.

³³ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo : RT, set./dez. 1992, v. 3. p. 131.

³⁴ ROPPO, *op. cit.*, p. 42.

na substituição de um sistema feudal por um sistema econômico capitalista. E por isso, restam tão presentes os princípios anteriormente mencionados, como "a garantia de que para a transferência dos seus bens era sempre necessário a sua vontade".³⁵ O princípio da autonomia da vontade, através da idéia de consensualismo, representou uma utilidade social: favorecer as trocas necessárias ao desenvolvimento da economia. Retiram-se os entraves à liberdade contratual, de modo que o "deixar fazer, deixar passar" complete o "deixar contratar".³⁶

Em perspectiva diversa, foi concebido o contrato no BGB de 1900, o que se deve também a um contexto político e social diversificado em relação ao francês. Os Estados alemães estavam unidos em federações, mas com influência jurídica diversa. Havia, portanto, a necessidade de promover a unidade jurídico-política dos Estados alemães, e para isso se prestou a referida codificação.³⁷

Observa-se ainda o fato de a classe burguesa alemã estar atrasada em relação à francesa, cuja conseqüência foi a falta de uma consciência política capaz de promover uma ação unitária e organizada. Portanto, a burguesia alemã não tinha condições de se sobrepôr ao poder estatal como fez a francesa,³⁸ aspecto este, que também se reflete no BGB, já que nele não há uma importância tão grande atribuída à vontade como no *Code*.³⁹ Entretanto, o BGB não deixa de espelhar o individualismo, pois o homem ao qual se destina a tutela jurídica, esboçada por este código, ainda é o burguês. E conseqüentemente, trata-se de um diploma legislativo, que se destina ao mesmo sistema político e econômico que aquele: o capitalismo em meio a um Estado liberal.

Enquanto fruto da Pandectística, dotado de conceitos e caracterizações jurídicas que primam pela perfeição, no BGB também se erigiu a liberdade de

³⁵ *Ibidem*, p. 46.

³⁶ GHESTIN, Jacques. L'util et le juste dans les contracts. *Archives de Philosophie du Droit. Droit et science*. Paris, t. 26, 1981. p. 37.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo : RT, 1999. p. 226.

³⁸ *Ibidem*, p. 227.

³⁹ Isto pode ser constatado por ter sido possível acolher a teoria da declaração na interpretação dos negócios jurídicos, deixando de lado o querer interno.

contratar e a liberdade de propriedade.⁴⁰ Mas a diferença do contexto histórico e condições econômicas e sociais, com uma tradição científica diversa, deram ao contrato uma disciplina diferente daquela esboçada pelo *Code*, como a este respeito, suscitou Enzo ROPPO: "A diferença fundamental entre o modelo francês e o modelo alemão consiste no fato de, neste último, a categoria do contrato ser concebida e construída do interior e, por assim dizer, à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras, e da qual o contrato constitui, por isso, uma subespécie; esta categoria geral é o negócio jurídico." ⁴¹

Na parte geral do Código alemão está previsto o negócio jurídico, que nada mais é do que uma figura abstrata que se reflete em um sentido mais concreto no contrato. Portanto, este último torna-se previsto em meio a uma categorização muito mais abstrata do que aquela encontrada no Código francês. Há um rigor que se reflete ainda em sua estrutura: após a parte geral segue-se a propriedade, o contrato e a família. Com isto, quer-se assegurar a unidade do Código, permitindo uma dedução lógica de conceitos na base do qual está o direito subjetivo.⁴²

Assim, a princípio, a vontade aparece em uma ligação menos estreita com o contrato, mas isto não significa que ela deixa de fundamentá-lo, pois ela encontra-se na própria base da definição de negócio jurídico. E tanto assim que, a vontade é o próprio elemento chave da categoria de negócio jurídico, e de modo tão exacerbado que chega a se constituir em dogma desta categoria.⁴³

Estas considerações não descaracterizam o papel ideológico que já fora atribuído ao contrato pelo Código francês. Ao contrário do que se poderia imaginar, no BGB ele representou "um formidável instrumento ideológico, todo ele funcionalizado aos interesses da burguesia e às exigências colocadas pelo seu grau de desenvolvimento".⁴⁴

⁴⁰ MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 233.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 47.

⁴² *Ibidem*, p. 235.

⁴³ ROPPO, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 50.

Há portanto, a construção de um sistema contratual passível de satisfazer às exigências da burguesia, tal qual como em França. E diga-se ainda que, nesta perspectiva, a categoria do negócio jurídico revelou-se como um instrumento "mais eficaz e incisivo"⁴⁵ a desempenhar tal função. Sua abstração e generalidade permitiram que os contraentes sempre se revelassem como sujeitos iguais, abstraindo completamente sua concreta posição econômico-social, em face da relevância atribuída à vontade.⁴⁶

A sacralização da vontade, que resta clara tanto na codificação francesa quanto na codificação alemã, ainda que por caminhos diversos, exige um esforço por parte da legislação e da jurisprudência, no sentido de assegurá-la. Por isso, as leis são supletivas e interpretativas, a fim de assegurar a autonomia da vontade e a liberdade contratual.⁴⁷ E o Poder Judiciário deve, por sua vez, abster-se de interferir na economia do contrato, sua função deve ser a mesma do legislador: atuar apenas para fins de interpretação do contrato. Trata-se do princípio de sua força obrigatória, propiciando sua intangibilidade frente ao poder estatal.

Mas esta concepção tradicional de contrato, que até então temos delineado, logo mostrou-se insuficiente aos limites que foram traçados pelo direito privado clássico. Eis que transformações econômico-sociais já se delineavam nas sociedades codificadas, apontando para uma pretensa "crise", engendrada por uma injustiça contratual. É neste momento que o pensamento jurídico conhece ares de renovação, ao tomar sob revisão o racionalismo que engendrou esta concepção tradicional de contrato para o direito privado.

3.1.2 A Teoria Finalista Aplicada ao Contrato

A concepção tradicional de contrato, envolta na igualdade e liberdade apregoadas pela Revolução Francesa e fundamentada no individualismo, foi

⁴⁵ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 39.

cristalizada pelo *Code* de 1804 e outros que lhe seguiram. Eis como consolidar um modelo de circulação de riquezas tão caro à burguesia capitalista.

Com vistas a esta consolidação, o modelo tradicional de contrato encontrou fundamento no positivismo científico e nas escolas que se desenvolveram durante o século XIX, delineando perfis metodológicos. Deste modo, esboçaram-se os postulados do positivismo científico, presentes no legalismo, que identifica o Direito com a lei, fazendo-se dos códigos sua única fonte. Em decorrência deste legalismo, a lei escrita encontrava-se em supremacia sobre a doutrina e a jurisprudência.⁴⁸ Daí decorre o segundo postulado desta corrente de pensamento, marcado pela exclusividade do critério normativo, pois não bastava a identidade entre a lei e o Direito. Este elemento leva ao terceiro postulado, segundo o qual o Direito é um sistema fechado e completo. Este caráter implica em afirmar a um tempo, a inexistência de lacunas e a outro, a adoção de um silogismo jurídico.

Fundamentadas em tais características, duas metodologias serão aqui esboçadas. A Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos, que se consolidaram em dois modelos de codificação do século XIX: o Código Francês de 1804 e o BGB alemão de 1900. Eles representam a conexão entre a idéia de sistema fechado, completo e racionalista elaborado por estas escolas, com a idéia de código.⁴⁹

A Escola da Exegese conquistou seu maior alcance na França, pois estava "intimamente ligada [...] a um Estado nacional revolucionário, em corte com o passado, dotado de órgãos representativos e que tenha empreendido uma importante tarefa de codificação".⁵⁰ Na doutrina legalista está seu fundamento, de tal modo que, ao se afirmar que o Direito está na lei, consagra-se a idéia de que só o legislador pode agir em nome da nação soberana, elaborando normas.⁵¹ Há nisto,

⁴⁸ HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Portugal : Europa-América, 1997. p. 178.

⁴⁹ MARTINS-COSTA. **A boa-fé** ..., p. 224.

⁵⁰ HESPANHA, *op. cit.*, p. 178.

⁵¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1995. p. 516.

um sentido democrático que passa a fundamentar os códigos, por concretizar estes, a vontade geral.⁵² Conforma-se deste modo, o princípio da separação de poderes, na qual o poder legislativo ganha primazia com a subordinação do juiz à lei.⁵³

Com efeito, ganha forma um certo tipo de raciocínio jurídico ao qual se atribui certa metodologia. Parte-se do mito de completude do sistema jurídico,⁵⁴ cujos dados fundamentais são a ausência de vagueza, ambigüidade e, especialmente, de lacunas.⁵⁵ Muito além de identificar o Direito à lei, ela aponta para a suficiência desta última. Assim, ressalta a exclusividade da lei como critério normativo,⁵⁶ perfazendo sua metodologia. Ela se norteia por uma interpretação "dedutivo-formal" ou "lógico-dogmática", dotada de operações lógico-conceituais, onde o jurista não passa de um geômetra.⁵⁷ E por ser um geômetra, a atividade judicial não passaria de um silogismo jurídico, no qual parte-se da norma enquanto premissa maior, e dos fatos, a premissa menor, resultando uma conclusão lógica.

Esta é a atividade exigida do juiz em um sistema que se quer completo. As lacunas não existem, pois a solução para cada caso encontra-se latente na lei. E ao juiz se impõe o dever de tão-somente colmatar as lacunas, o que se traduz na obrigação de decidir. Eis que dispõe o artigo 4º do *Code*,⁵⁸ que o juiz está obrigado

⁵² HESPANHA, *op. cit.*, p. 177.

⁵³ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 192. Com a superação deste sistema racionalista, verifica-se que hoje, a primazia do Judiciário, à medida em que se dá ao jurista, um aspecto cada vez mais criador em sua atividade. Este aspecto está em consonância com um Estado Social, como o que se verificou com as cláusulas gerais e com um processo de constitucionalização, embora ainda sofrendo as influências de um legalismo. Este último, ao deferir ao jurista uma tarefa de mera Exegese, adequando-se a um Estado Liberal. Hoje, nos encontramos às voltas com uma nova forma de liberalismo, impondo indagar-se, se tal fato implicaria em uma nova forma de legalismo e especialmente de individualismo.

⁵⁴ A Escola da Exegese explica-se fundamentalmente, frente ao mito da completude da lei, como assevera Judith MARTINS-COSTA (*A boa-fé...*, p. 192).

⁵⁵ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 195.

⁵⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2. p. 187.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 188.

⁵⁸ "Art. 4 Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."

a decidir, não podendo alegar obscuridade ou insuficiência da lei, sob pena de denegação de justiça.⁵⁹

Esta interpretação, em que consiste a atividade realizada pelo jurista não é apenas "literal",⁶⁰ mas é ainda de índole subjetiva, onde o que importa é encontrar a vontade do legislador, a tão mencionada *mens legis*. Cabe ao jurista simplesmente pesquisar sua vontade, pois como já se verificou, esta ganha legitimidade por representar a vontade geral.

A Exegese ainda se caracteriza por afastar da interpretação do jurista, a historicidade, fazendo do Direito um sistema fechado.⁶¹ "Daí a carência de uma perspectiva axiológica-normativa e de argumentos teleológicos", como afirma CASTANHEIRA NEVES.⁶² Afastam-se critérios de interpretação estranhos, como se fez com a boa-fé contratual no Código francês,⁶³ pois "considerações de caráter ético, político ou econômico não são assuntos dos juristas enquanto tais".⁶⁴ Isto implica em um racionalismo segundo o qual as leis devem ser interpretadas de modo lógico.⁶⁵ Despreza-se a importância da história e da experimentação na atividade do jurista.

Este papel passivo atribuído ao juiz é apto a satisfazer a necessidade de segurança jurídica.⁶⁶ Eis a fundamentação para o princípio da intangibilidade do contrato, presente em sua concepção tradicional, onde o Estado se abstém de qualquer intervenção.

Entretanto, a própria Escola da Exegese não se afasta de um

⁵⁹ CASTANHEIRA NEVES. *Digesta...*, v. 2, p. 185.

⁶⁰ MARTINS-COSTA. *A boa-fé ...*, p. 195.

⁶¹ *Ibidem*, p. 195.

⁶² *Digesta...*, v. 2, p. 188.

⁶³ *Ibidem*, p. 196.

⁶⁴ Expressão cunhada por um autor clássico do positivismo, e citado por Franz WIEACKER. (*História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1967. p. 492)

⁶⁵ GILISSEN, *op. cit.*, p. 516.

⁶⁶ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 195.

comprometimento político, o que justifica o porquê da teoria do abuso do direito não ultrapassar os limites de conceitos já conhecidos, não passando de uma nova forma de ato ilícito, ao se configurar sob um aspecto intencional.

Embora não se possa desprezar as influências da Escola Histórica no Código francês de 1804,⁶⁷ foi na Alemanha que este movimento encontrou maior alcance, o que veio a estabelecer um modelo de formalismo e racionalismo diversos daquele estabelecido em França, delineado pela Pandectística ou Jurisprudência dos Conceitos. Trata-se de uma reação à codificação francesa, que se dá por um antilegalismo,⁶⁸ pois entendia-se que o papel unificador do Estado só poderia ser exercido por uma ciência jurídica que fosse comum à nação alemã e elaborada com base em um Direito comum, formado pelas tradições da comunidade, conhecido como o "espírito do povo".⁶⁹

A Escola Histórica coloca-se em oposição às teses contratualistas do Estado, pois esta abstração era desprovida de um contexto histórico e inadequado às particularidades culturais e nacionais.⁷⁰ Por isso, aquele modelo hipotético que fundamentava o papel dado à vontade política do soberano e à representação legislativa,⁷¹ se mostrou tão adequado ao Estado pós-revolucionário francês, que necessitava afirmar a preponderância do direito subjetivo em relação ao direito objetivo. Mas que já se mostrava como completamente inadequado ao Estado alemão, que necessitava da afirmação do direito objetivo sobre o subjetivo para fins de unificação nacional.

⁶⁷ "...a interpretação da lei não se pode fazer senão em função da concepção que a faz nascer; ora os autores dos códigos napoleônicos foram buscar muita coisa ao direito romano e do direito costumeiro francês do Antigo Regime. É, portanto, com o auxílio do direito romano e do direito costumeiro francês que se devem explicar os códigos e as outras leis da época revolucionária e napoleônica. Daí o nome de 'Escola Histórica' ou 'Escola romanista e costumeira'" (GILISSEN, *op.cit.*, p. 514).

⁶⁸ HESPANHA, *op. cit.*, p. 183.

⁶⁹ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 212.

⁷⁰ HESPANHA, *op. cit.*, p. 181.

⁷¹ *Ibidem*, p. 182.

É deste historicismo que derivou uma construção sistemática do Direito,⁷² cujo desenvolvimento se delineou na Pandectística ou Jurisprudência dos Conceitos. Esta denominação justifica-se principalmente, pela matéria-prima utilizada pelos juristas alemães do século XIX: as fontes do direito romano. Enquanto em França, já se encontrava em plena vigência um corpo legislativo que serviu à consolidação das conquistas da burguesia revolucionária, na Alemanha ainda estava em plena aplicação o *corpus juris* romano que desenvolveu no *usus modernus*, uma ciência essencialmente prática. As influências da Escola Histórica na Alemanha se fizeram notórias, na elaboração de um direito comum no qual estivesse presente o "espírito do povo". Em consequência disso, enquanto a dogmática da ciência jurídica alemã revela-se como um método para elaboração e construção do sistema, na Escola da Exegese, o dogmatismo é apenas uma atitude intelectual e a Exegese um método.⁷³

A Pandectística representou contribuições para o Direito, no que se refere à idéia de sistema, em contraposição à mera interpretação da Escola da Exegese,⁷⁴

⁷² *Ibidem*, p. 185.

⁷³ MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 214.

⁷⁴ Para isto, atuaram as proposições de SAVINY, PUCHTA e WINDESCHIED, em conformidade com o que informa Judith MARTINS-COSTA: Para SAVINY, não bastava um sistema constituído pela explicação de conceitos, mas dotado de uma coerência e unidade, de um "nexo interno", capaz de ligar institutos e regras jurídicas. Cabe ao jurista descobrir e estabelecer os princípios que estão no topo do sistema, e dos quais tudo pode ser deduzido, o que implica no reconhecimento de uma "energia expansiva" do sistema para preencher lacunas.

Já Puchta, foi um dos maiores fundamentadores da Jurisprudência dos Conceitos, imprimindo ao sistema lógico em que se consubstancia a ciência jurídica, o estilo de uma "pirâmide dos conceitos". Segue-se uma lógica formal, em que há um conceito supremo do qual se deduzem os demais, e dos quais também é possível chegar-se às proposições comuns. Trata-se de uma construção dedutiva que se convencionou chamar de "genealogia dos conceitos", no topo da qual está a concepção de liberdade kantiana, do que se deduz o sujeito de direito e o direito subjetivo, revelando seu fundamento ético. Trata-se de com isto, garantir a verdade científica, não mais como uma realidade externa, mas pela coerência interna das categorias conceituais.

Enquanto Puchta utiliza-se de um critério formal, ao qual basta a subsunção, Saviny utiliza-se de um critério material, correspondente ao "espírito do povo".

Windescheid também advoga a concepção de um "sistema lógico", em face do qual os conceitos jurídicos decompõem-se em elementos e se articulam a partir deles. No vértice deste sistema, também está o conceito de direito subjetivo como em Puchta. Entretanto, este não se apresenta como uma derivação ética, e sim como uma derivação psicológica. Por isso, para Windescheid, ele define-se como "poder da vontade", enquanto para Puchta, ele define-se como um poder jurídico da pessoa sobre o objeto.

Esta diversidade justifica-se por um subjetivismo presente em Windescheid, mas ausente em Puchta. Para aquele, o intérprete da lei deve atentar para o espírito do legislador, motivando-se

cujos principais dogmas são apontados por Antônio Manuel HESPANHA:

a) teoria da subsunção, que se perfaz no raciocínio silogístico, valendo-se da contraposição entre uma premissa maior, a lei, e outra menor, os fatos, para se chegar a uma solução lógica;

A subsunção reduz a atividade jurisprudencial a uma "tarefa estéril de aplicação automática dos princípios jurídicos."⁷⁵ O teor desta atividade encontra-se em perfeita consonância com o raciocínio lógico-dedutivo presente na Jurisprudência dos Conceitos, evidenciando o papel do jurista: pretendeu transformá-lo em um produtor de normas.⁷⁶ Mas, diga-se que esta produção ocorre no sentido de um "desvendamento" ou "tradução" do que já existe no sistema e nunca de uma "inovação".⁷⁷ Este é também o sentido que se atribui para o fato de que é com a Jurisprudência dos Conceitos que se inicia um "sistema como construção".⁷⁸ É a construção de uma ciência jurídica baseada no positivismo científico que utiliza-se de conceitos e princípios completamente desprovidos de valores ou elementos extra-jurídicos.

Há uma justificação política para o dogma da subsunção, evidenciado por Franz WIEACKER: a relação entre um Estado de direito burguês e a sociedade, havendo a restrição do poder político na ordem jurídica civil significava, necessariamente, a recusa de poderes ao juiz. Ao vincular o juiz aos princípios científicos estabelecidos e comprováveis, desviava-se da jurisprudência os interesses sociais e econômicos contrários à sociedade liberal;⁷⁹

b) "plenitude lógica do ordenamento jurídico";

assim, a elaboração de um direito baseado na vontade deste último. Revela-se sua própria concepção do Direito, equiparado à lei, enquanto expressão de uma vontade racional. Neste sentido, Windscheid aproxima-se das concepções da Escola da Exegese, em que a vontade desempenha papel preponderante na elaboração do Direito (MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 216 *et seq.*).

⁷⁵ HESPANHA, *op. cit.*, p. 191.

⁷⁶ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 222.

⁷⁷ *Ibidem*, p.222.

⁷⁸ *Ibidem*, p.213.

⁷⁹ *História...*, p. 504.

Os sistemas fundamentados no positivismo científico tem um caráter fechado, e com aquele resultante da Jurisprudência dos Conceitos não se passa de modo diverso. Mas, enquanto sistema fechado, ele exige a plenitude.⁸⁰ A plenitude implica a ausência de lacunas, pois estas não seriam mais do que aparentes, já que a atividade judicial da subsunção visa apenas encontrar uma solução que já esteja latente no sistema. Por tudo isso, a plenitude é uma ficção, mas uma ficção desejada, como aponta Franz WIEACKER.⁸¹

A possibilidade de deduzir conceitos uns dos outros, torna-os elásticos, permitindo que qualquer caso jurídico encontre solução no ordenamento. Forma-se assim, uma jurisprudência "criadora" ou "construtiva", mas não no sentido de uma inovação, e sim apenas no sentido de uma "tradução" ou "desvendamento". Entretanto, esta atividade judicial ainda que diante de uma lacuna da lei, não permite a avaliação com base em critérios autônomos de valoração.⁸² A esta altura, já se revela o papel político desempenhado pela Pandectística, pois como aduz Antônio Manuel HESPANHA, o "formalismo da Pandectística possibilitou a neutralidade do Direito face aos projetos políticos contraditórios da burguesia alemã."⁸³ Havia uma identificação Pandectística com os postulados do liberalismo: a defesa da liberdade e igualdade formais do indivíduo e da propriedade como extensão da liberdade.⁸⁴ Na Alemanha, esta Escola correspondeu ao espírito de seu tempo, atuando para fins de uma unidade política nacional.⁸⁵

c) interpretação "objetivista";

Se para a Escola da Exegese a atuação do jurista deve se pautar na intenção do legislador, a Pandectística exclui este caráter de sua metodologia. Há, agora,

⁸⁰ WIEACKER. *História...*, p. 499.

⁸¹ *História...*, p. 499.

⁸² HESPANHA, *op. cit.*, p. 192.

⁸³ *Op. cit.*, p. 188.

⁸⁴ HESPANHA, *op. cit.*, p. 188.

⁸⁵ WIEACKER. *História...*, p. 507.

uma interpretação que se pauta na figura de um "legislador razoável".⁸⁶ Trata-se de interpretar o sentido da norma, não mais em atenção às intenções subjetivas, mas aos sentidos objetivos de seu contexto. Esta, uma das principais diferenças entre o positivismo legalista proveniente da Exegese, e o positivismo conceitualista, delineado pela Jurisprudência dos Conceitos. Mais do que uma vontade empírica do legislador, passa a se recorrer à sua vontade racional, que é a "razão jurídica" contida na lei.⁸⁷ A Pandectística já acolhe características de uma mudança metodológica promovida pela teoria "objetivista" da interpretação. Segundo esta, a lei uma vez vigente, vale por si só, independente de seu autor, levando a crer que o Direito é um todo racional.⁸⁸

Mas esta metodologia não resistiu por muito tempo às transformações sócio-econômicas que se delinearam durante o século XIX, pois ela se tornou um instrumento de manutenção das injustiças sociais, como aduz Franz WIEACKER.⁸⁹ Então, uma série de críticas se dirigem à Pandectística, por ter sido a responsável por um isolamento da aplicação do Direito à realidade, já que ela estava à serviço do liberalismo.⁹⁰

Por isso, já no final do século XIX, passa a se falar em "função social do direito privado",⁹¹ proporcionando destaque de novas teorias, como a responsabilidade fundamentada no risco, a teoria do abuso do direito, as restrições à propriedade e outras. Trata-se de um afastamento da Jurisprudência dos Conceitos e uma aproximação com a racionalidade dos fins, de sentido teleológico.⁹² Se em um primeiro momento, esta reação apresenta-se apenas pelos

⁸⁶ HESPANHA, *op. cit.*, p. 192.

⁸⁷ LARENZ. **Metodologia** da ciência do direito. Tradução de: José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969. p. 36.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁸⁹ **História...**, p. 504.

⁹⁰ WIEACKER. **História...**, p. 507.

⁹¹ LARENZ. **Metodologia...**, p. 51.

⁹² *Ibidem*, p. 37.

partidários de uma teoria objetiva, que ainda não vêem qualquer contradição com a Jurisprudência dos Conceitos, posteriormente, ela se faz verdadeiramente presente, através da Jurisprudência dos Interesses.⁹³

A Jurisprudência dos Interesses foi elaborada por Philippe Heck, mas encontrou inspiração em Ihering e no finalismo jurídico.⁹⁴ Este último, em sua primeira fase, foi discípulo de Puchta, encontrando-se perfeitamente integrado à Jurisprudência dos Conceitos. Entretanto, no fim da década de cinquenta do século XIX, Ihering entra na segunda fase de seu pensamento, também denominada de fase tardia, por Willys Santiago GUERRA FILHO, na qual vão se notar as conseqüências deste envolvimento, sob as influências do historicismo e do naturalismo na concepção de Direito.⁹⁵ Trata-se ainda do que Franz WIEACKER denominou de "destruição massiva da Jurisprudência dos Conceitos".⁹⁶

Ihering, envolto no finalismo jurídico, substitui o papel preferencial até então atribuído à vontade, na teoria do Direito, pelo interesse. Neste deslocamento reflete-se a oposição entre o conceito finalístico de direito subjetivo, formulado por Ihering, enquanto "interesse juridicamente protegido" àquele antes esboçado por Windescheid, enquanto "poder da vontade". Este deslocamento ainda representa um afastamento da metafísica e do idealismo kantiano.⁹⁷

Esta reviravolta no pensamento de Ihering, ocorre de tal modo, que se chega a aduzir que a "finalidade é a entidade criadora do direito". Trata-se de uma

⁹³ Em verdade, a Jurisprudência dos Interesses fez parte de um movimento maior, que se denominou de Escola Científica, a qual representou uma reação à Pandectística. Tratava-se não apenas de uma, mas de várias escolas que acentuavam um dos aspectos do Direito, qual seja, o histórico, sociológico, econômico, o que a levou às mais variadas denominações, como a Escola da Interpretação, Realista, Sociológica e na Alemanha, especialmente, a Jurisprudência dos Interesses. (GILISSEN, *op. cit.*, p. 519).

⁹⁴ CASTANHEIRA NEVES. *Digesta...*, v. 2, p. 216.

⁹⁵ GUERRA FILHO, Willys Santiago. Direitos subjetivos, direitos humanos e jurisprudência dos interesses. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, a. 47, n. 183, jan./jun. 1994. p. 138.

⁹⁶ *História...*, p. 516. Trata-se da passagem do sonho à realidade experimentada por outros pensadores desta época, tal qual o que afirma Franz WIEACKER. (*História...*, *passim*)

⁹⁷ WIEACKER. *História...*, p. 515.

"genética dos interesses", como denominou HECK,⁹⁸ pois esses aparecem como formadores das normas jurídicas.⁹⁹ Assim, estas são resultantes dos interesses que conflituam em uma comunidade jurídica, e se a Jurisprudência dos Conceitos era formada de conceitos, a Jurisprudência dos Interesses passa a ser formada por interesses.

Esta contraposição de fases do pensamento de Ihering, reflete a distinção entre uma "jurisprudência inferior" que se restringe à interpretação de algo já dado, sem acrescentar qualquer elemento inovador, e uma "jurisprudência superior", produtora e renovadora. Por tais razões, afirma Judith MARTINS-COSTA que, Ihering não reflete um sistema fechado como aquele esboçado pela Pandectística e consolidado no BGB, mas um sistema em mutação.¹⁰⁰

CASTANHEIRA NEVES apontou as principais características da Jurisprudência dos Interesses, em contraposição ao legalismo:¹⁰¹

- a) há o abandono de uma intenção formalista em troca de uma intenção finalista. No formalismo, encontra-se a preocupação de interpretar o texto legal, segundo a vontade do legislador (Exegese) ou segundo uma intenção racional (Pandectística), na Jurisprudência dos Interesses, parte-se do sentido que se dá aos fins e às necessidades da vida social para modelar o Direito à satisfação dos fins da vida;
- b) a Jurisprudência dos Interesses reconhece a existência das lacunas, isto é, que o Direito é incompleto. Trata-se ainda, da negação do caráter fechado do sistema, tão evidenciado pelo legalismo na pretensão de

⁹⁸ *Apud* CASTANHEIRA NEVES. *Digesta...*, v. 2, p. 217.

⁹⁹ Neste aspecto, é possível notar a influência do utilitarismo de BENTHAM, do naturalismo originado das teorias de DARWIN, e do positivismo sociológico de COMTE, que formam o "pano de fundo meio inconsciente deste pensamento". Por isso, Aduz Willys Santiago GUERRA FILHO (*op. cit.*, p. 141-142), que se nota a forte influência da filosofia utilitarista de BENTHAM, nesta fase do pensamento de IHERING, mas despidido de uma conotação individualista, e assim designado de "utilitarismo social". Este utilitarismo social pode ainda ser evidenciado pela distinção entre fins individuais e fins coletivos, fazendo a opção por estes últimos. Neste sentido também: WIEACKER *História...*, p. 516.

¹⁰⁰ *A boa-fé...*, p. 223.

¹⁰¹ *A boa-fé...*, p. 219-222.

plenitude dos Códigos;

c) exclui-se a aplicação de um mero silogismo e exige-se a construção problemática do Direito, que realize a norma jurídica em concreto;

d) forma-se um "outro tipo de racionalidade", passando-se a entender que o Direito pertence a uma esfera axiológica-normativa, algo negado pelo legalismo. A isto ainda corresponde a utilização de critérios "normativos extra-textuais".

Estas contradições com o legalismo da Escola da Exegese e da Pandectística vão delinear o método jurídico da Jurisprudência dos Interesses.¹⁰²

Se a lei é resultado de uma contraposição de interesses, a vontade relevante não é a psicológica, aquela evidenciada pelo legislador, mas a normativa, ou ainda segundo Heck, o próprio conceito de interesse. É para esta vontade normativa que o jurista deve obediência. Assim, mister se faz uma ponderação teleológica, pela qual se comparem os interesses presentes na norma jurídica com os interesses que surgem no caso concreto a ser solucionado. A valoração dos interesses impostos pelo legislador como regra geral, deve ser realizada no caso concreto. Trata-se justamente da medida em que se admite a subsunção como atividade do juiz para a Jurisprudência dos Interesses, ela não é de todo negada, mas permanece em face do princípio da obediência do juiz à lei.

Se para Ihering os interesses são apenas objeto das normas, pois estas resultam daqueles, produzindo o que Heck denominou de uma "genética dos interesses",¹⁰³ a Jurisprudência dos Interesses teria ido além, formando uma jurisprudência produtora de interesses. Como aduz HECK, os interesses são as causas dos preceitos legais, ao ordenar os interesses conflitantes, em que o legislador utiliza-se de um juízo de valor sobre eles.¹⁰⁴ Nesta medida, a lei é compreendida sob duas faces: a imperativa e do interesse, que tem como conteúdo

¹⁰² CASTANHEIRA NEVES. *Digesta...*, v. 2, p. 230 *et seq.*

¹⁰³ *Ibidem*, p. 217.

¹⁰⁴ *Apud* LARENZ. *Metodologia...*, p. 59.

uma decisão que valora um conflito entre interesses.¹⁰⁵ É somente em face destes últimos, que torna-se possível compreender o fim da norma, o que não se vê em Ihering, segundo crítica esboçada por Heck.

Há o reconhecimento de um Direito lacunoso, que recusa ao juiz, limitar-se às meras subsunções lógicas. HECK coloca-se contrário ao método da Jurisprudência dos Conceitos, aduzindo que o juiz deve proceder à "formação valorativa do comando".¹⁰⁶ A Jurisprudência dos Interesses atribui ao juiz a função de preencher lacunas, dando continuidade à tarefa do legislador. Este modo de conceber a atividade do jurista, parece desprestigiar a autonomia da atividade judicial, à medida em que a coloca sob um papel de subsidiaridade em relação ao Poder Legislativo. Trata-se de uma das faces do Positivismo Científico: a subordinação do juiz à lei. Entretanto, ao fazê-lo, ele não se limita aos interesses declarados por lei, como possíveis de tutela, mas sim aos juízos de valor existentes nas normas.¹⁰⁷ Por isso, a tarefa de preenchimento de lacunas se dá por uma analogia teleológica: a igualdade dos casos se dá na medida em que haja identidade de interesses com o mesmo juízo de valor.¹⁰⁸

Nesta seara, esboça-se a crítica de CASTANHEIRA NEVES, quanto à insuficiência da Jurisprudência dos Interesses, ao tratar das lacunas. E tanto que para alguns, a Jurisprudência dos Interesses não passou de uma teoria da interpretação da lei, pois não distingue o fundamento normativo do seu objeto de valoração: o fundamento não está do lado do objeto, isto é, os valores não estão ao lado dos interesses, mas acima destes.¹⁰⁹

¹⁰⁵ CASTANHEIRA NEVES. *Digesta...*, v. 2, p. 225.

¹⁰⁶ Entretanto, isto não significa que em outra medida, a subsunção não fosse aceita pela Jurisprudência dos Interesses. É o que se verifica, com o princípio da obediência à lei, ao aduzir Phillipe HECK: "desde que houvesse garantia de concordância entre os conceitos por que se orientasse a subsunção e o sentido da ponderação dos interesses a cumprir, o que seria felizmente o caso normal." (CASTANHEIRA NEVES. *Digesta...*, v. 2, p. 233)

¹⁰⁷ CASTANHEIRA NEVES. *Digesta...*, v. 2, p. 235.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 235.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 239.

O princípio da obediência à lei, bem como as influências do naturalismo, revelam, entretanto, que o pano de fundo da Jurisprudência dos Interesses é o mesmo daquele sobre o qual se assentou a Escola da Exegese e a Pandectística alemã: o positivismo.¹¹⁰ Não obstante tais críticas, isto não retira da Jurisprudência dos Interesses, os aspectos relevantes de uma inversão metodológica, em que se revela uma mudança de paradigmas, propiciada não apenas pela Jurisprudência dos Interesses, mas pelo próprio Ihering.

Reconhece-se a Ihering, ter sido um dos primeiros juristas a descobrir a dimensão social do direito privado, sem o que não seria possível uma "política refletida do direito".¹¹¹ E os limites de uma influência política refletem-se em Ihering, no momento em que este se posiciona contra o individualismo e a favor do socialismo, ao distinguir fins individuais de fins coletivos e a opção pelos últimos.¹¹²

Em conformidade com tal idéia, aduz Karl LARENZ que, embora a Jurisprudência dos Interesses não tenha quebrado as cadeias do positivismo legal, ela desempenhou uma ação libertadora, no sentido de abrir ao juiz, a possibilidade de preenchimento das lacunas, não apenas em fidelidade à lei, mas em harmonia com as exigências da vida.¹¹³

No entanto, era necessário ir além, não bastando colocar em evidência os interesses, mas valorá-los. Trata-se da transformação de uma Jurisprudência dos Interesses para uma Jurisprudência das Valorações, cujo maior representante foi Joseph Esser.¹¹⁴

Nesta perspectiva, as atenções dos juristas voltam-se para a questão de encontrar os critérios de valor que passam a nortear a interpretação jurídica. Para

¹¹⁰ Neste sentido: WIEACKER (*História...*, p. 517) ; e CASTANHEIRA NEVES, o qual afirma: "Estamos, pois em todo este pensamento perante um sociológico positivismo jurídico que apenas compreende o direito na intenção de um estrito finalismo social - o direito tão só o instrumento do poder político para afirmação e tutela de interesses sociais e por ele exclusivamente determinado." (*Digesta...*, v. 2, p. 243)

¹¹¹ WIEACKER. *História...*, p. 518.

¹¹² GUERRA FILHO, *op. cit.*, p. 142.

¹¹³ LARENZ. *Metodologia...*, p. 159.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 150-156.

ESSER, os conceitos não têm um significado "descritivo" como pautava Heck, mas "ordenativo ou valorativo", de tal modo que cada conceito expressa valores que foram condensados pela jurisprudência.¹¹⁵ Ao elaborar a norma, o juiz deve recorrer aos padrões de valores, os quais se buscam no conjunto de normas, nos direitos fundamentais e ao preencher casuisticamente os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais.¹¹⁶

Em consideração a esta ordem de idéias, desenha-se o quadro do finalismo, de modo a propiciar uma renovação do Direito. Assim verifica-se em atenção ao que aduz Pietro PERLINGIERI, a "revalorização do interesse e nas situações subjetivas constitui a perspectiva mais natural para rever criticamente a excessiva consideração reservada ao perfil estrutural - que, freqüentemente, é o critério classificatório preferido nas análises - e para recuperar a tipologia histórico-social 'na construção jurídica'".¹¹⁷

Nesta perspectiva, já se encontram as concepções inspiradas em um "finalismo sociológico" para delinear o abuso do direito, que se apresentou na base do pensamento de autores como Josserand.¹¹⁸

Analogamente à passagem operada para uma interpretação jurídica cunhada sob valorações, encontramos uma outra orientação das concepções objetivas de abuso do direito, cunhadas sob o fundamento axiológico-normativo, que se faz presente em autores como Giorgianni, Castanheira Neves e Cunha de Sá.

Contudo, esta mudança metodológica não se transporta apenas para a teoria do abuso do direito, ela também se faz presente ao propiciar uma teoria contratual *com função social* de modo que "o direito deixa o ideal positivista (e dedutivo) da ciência, reconhece a influência do social (costume, moralidade,

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 155.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 156.

¹¹⁷ **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 31-32.

¹¹⁸ CASTANHEIRA NEVES. **Digesta...**, v. 2, p. 523.

harmonia, tradição) e passa a assumir proposições ideológicas, ao concentrar seus esforços na solução dos problemas. É um *estilo de pensamento cada vez mais tópico*, que se orienta para o problema, criando figuras jurídicas, conceitos e princípios mais abertos, mais funcionais... [grifo nosso]".¹¹⁹

Nesta passagem, operada pelo pensamento jurídico, agrega-se ainda outro dado fundamental: a interpretação delineada na Jurisprudência dos Valores, a qual remete a busca destes últimos, para a lei fundamental. Trata-se de uma larga influência que se tem apresentado pela atuação dos princípios constitucionais às relações classicamente privadas, de modo a perfazer o que Pietro PERLINGIERI denomina de "reconstrução de um sistema de Direito Civil constitucional, enquanto idônea a realizar melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais, reconhecendo a estas últimas, em atuação dos princípios constitucionais, uma indiscutida preeminência."¹²⁰

3.1.3 A Função Social do Contrato

Os ecos de finalismo jurídico, que já se esboçaram em páginas anteriores, atuaram no rompimento de um paradigma tradicional de contrato, sob as vestes de uma função social que passa a ser impressa a este último. E de tal modo, que hoje consagra-se a função social como um princípio geral, um "*standard* jurídico" de caráter flexível, de modo a orientar o exercício dos direitos subjetivos, na acepção de Francisco AMARAL.¹²¹ Acolhida inicialmente em relação ao direito de propriedade e, posteriormente, ao contrato, isto não ocorre por acaso, mas traz consigo um significado. Trata-se de um laço de vinculação estreita entre a liberdade

¹¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 105.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 32.

¹²¹ "A função social é por tudo isso, um princípio geral, um verdadeiro *standart* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem torna ineficazes os direitos subjetivos, orientando-lhes o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social." (**Direito Civil**: introdução. Os fatos jurídicos. A autonomia privada. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 348)

de propriedade e a liberdade de contratar, a qual se verifica nas codificações que se erigiram no Estado moderno.¹²² Mas para que possamos entender referido significado, mister se faz recorrer ao caráter perante o qual aquelas duas formas de liberdade foram concebidas pela civilística clássica.

Sob a égide do individualismo e do liberalismo, a Revolução Francesa imprimiu um caráter democrático à propriedade com vistas a abolir privilégios e entraves que à época feudal perfaziam seu caráter estático.¹²³

A nova fórmula sobre a qual isto ocorreu, contou com a consagração da propriedade como direito inviolável e sagrado, por ocasião da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹²⁴ por um lado, e com um certo *revival* em relação aos romanos, a compor seu conteúdo no artigo 544¹²⁵ do *Code de Napoléon* como *ius utendi, ius fruendi et ius abutendi*, por outro.

A esta nova concepção de propriedade que se delineava por ocasião da Modernidade conferiu-se um caráter "absoluto" e tendencialmente ilimitado. Neste sentido, em atenção à sua caracterização de direito subjetivo, a propriedade encontrava-se entregue ao libre arbítrio de seu titular. Este poderia exercê-la como bem quisesse, sem sujeitar-se a quaisquer limites, senão aqueles erigidos com vistas a proporcionar uma convivência pacífica com outros proprietários.¹²⁶

Neste contexto, sob o qual se arma o direito de propriedade, não há

¹²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no estado social**. Crise e transformações. Maceió: Edufal, 1983. p. 37.

¹²³ Neste sentido, Luiz Edson FACHIN aduz: "A Revolução Francesa procurou dar um caráter *democrático* à propriedade, abolindo privilégios, cancelando direitos perpétuos, porém, este fito da burguesia ficou diretamente condicionado aos seus interesses econômicos e políticos, de forma que a propriedade alterava sua concepções tradicionais para servir a uma nova classe social em busca de poder: a burguesia." (**A função social da posse a propriedade contemporânea**. Porto Alegre : S. Fabris, 1988. p. 16)

¹²⁴ **A função social da posse....**, p. 16.

¹²⁵ "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*".

¹²⁶ Com isto, se quer dizer, em conformidade com José de Oliveira ASCENSÃO que, embora sempre tenha sido necessário estabelecer um certo número de limitações à propriedade, estas sempre foram consideradas como excepcionais. (**Direito Civil: direitos reais**. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 139)

qualquer referência à sua função social, ou ainda, em atenção ao que aduz José de Oliveira ASENSÃO, "a propriedade atingiria tanto mais certamente a sua função social quanto menos entraves se lhe opusessem."¹²⁷

Nesta perspectiva, o modelo de propriedade herdado do sistema feudal era incompatível com o modelo de propriedade exigível para o novo sistema econômico do capitalismo, e o papel que o contrato vai desempenhar é justamente no sentido de libertação dos entraves, aos quais a propriedade ainda estava atrelada. Trata-se de uma condição sem a qual a crescente burguesia não poderia instaurar um novo regime econômico, o capitalismo, o qual exigia a circulação de riquezas. Este processo traduz-se pelas palavras de Enzo ROPPO, "*na transferência da riqueza das classes vencidas para a classe nascente*, que depois de várias formas se desenvolveria e aperfeiçoaria, até reunir nas mãos da burguesia - e confiar às suas capacidades e iniciativas empresariais - a grande massa de recursos produtivos."¹²⁸ Para cumprir semelhante tarefa, o contrato apresentou-se como o instrumento técnico-jurídico mais adequado, significando não apenas a passagem para uma nova forma de economia, mas para uma "forma superior de sociedade".¹²⁹

Eis que se encontra nesta última, o alcance da liberdade contratual. Trata-se de restituição ao indivíduo, de sua personalidade, que se encontrava aprisionada por um sistema de incapacidades legais, que impediam sua livre iniciativa, abolindo-se com uma rede de privilégios que instauravam a desigualdade jurídica.¹³⁰ Deste modo, reveste-se a todos da condição de sujeito de direito, pois é necessário que os homens sejam livres e iguais, mesmo que apenas formalmente. Não poderia haver propriedade sem a liberdade de gozá-la, de dispô-la ou transferi-la, como consagra o *Code*, na maneira mais absoluta (artigo 544). Nesta perspectiva, a liberdade de propriedade proclamada pela Revolução Francesa, e tão necessária ao regime

¹²⁷ *Op. cit.*, p. 139.

¹²⁸ *Op. cit.*, p. 45.

¹²⁹ ROPPO, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁰ Neste sentido, ROPPO, *op. cit.*, p. 36.

capitalista, revela-se sob a forma de liberdade contratual.¹³¹

Nas entrelinhas destas considerações, a liberdade contratual baseia-se no princípio do consensualismo, segundo o qual basta o mero encontro de vontades entre as partes para que se forme o vínculo jurídico. Enzo ROPPO refere-se ao consenso como a garantia de que os proprietários não fossem privados de seus bens contra sua vontade.¹³² Há então, no próprio princípio da liberdade contratual, a noção de justiça que se perfaz na livre atuação das partes, entendendo-se como suficiente para o bem comum.¹³³ É basicamente sob esta idéia, que se poderia afirmar que o contrato sempre desempenhou uma função social, mesmo em meio a um individualismo liberal.

Na concepção de um Estado liberal a função social do contrato está fundamentada em dois cânones: a liberdade contratual e a igualdade formal das partes, pois com eles, garante-se não apenas os interesses dos contratantes, mas os interesses da própria sociedade.¹³⁴ Trata-se da idéia que o interesse coletivo seria tutelado às custas de uma atuação negativa por parte do Estado, deixando que os interesses individuais adequem-se ao livre jogo do mercado.

Nesta perspectiva, as partes contratantes seriam plenamente livres para contratar ou não, para estabelecer as cláusulas contratuais e de decidir com quem contratar. Os limites a esta liberdade eram meramente negativos, admitidos como exceções, em que o Estado abstém-se de qualquer intervenção na economia do contrato. Eis que não se admitia que esta liberdade fosse submetida a prescrições positivas, que interferissem em um espaço de manifestação da liberdade individual.¹³⁵

Se esta concepção de função social do contrato bastava para uma sociedade envolta à ilusão de que do "livre jogo dos egoísmos individuais resulta no

¹³¹ LÔBO. *Do contrato no estado...*, p. 38.

¹³² *Op. cit.*, p. 46.

¹³³ NORONHA, *op. cit.*, p. 85.

¹³⁴ ROPPO, *op. cit.*, p. 35.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 32.

'bem de todos e felicidade geral"', como proclamado por Adam SMITH,¹³⁶ ela não se presta mais à sociedade atual. Mostra-se insuficiente, e até mesmo injusta, diante dos ditames de justiça social, sendo necessário, portanto, repensá-la.

Em conformidade com esta idéia, passa a se verificar um processo de funcionalização dos direitos subjetivos,¹³⁷ o qual vai se revelar para a propriedade e posteriormente alcançar o contrato. As premissas sobre as quais se debruçam a análise da função social, contam com um papel central atribuído à primeira pelos sistemas privados, digressão esta que também se fez acompanhar do desenvolvimento da teoria do abuso do direito.¹³⁸ Mas para que isto fosse possível, fez-se necessário uma inversão do paradigma metodológico esboçado para civilística clássica, para a perspectiva do finalismo. Isto representa uma aproximação do Direito com as ciências sociais, tais como a economia, a política e a antropologia e colocar em relevo, o papel a ser desempenhado pelo próprio jurista "considerado não mais como a 'figura tradicional do cultor do direito privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características', mas atento à realidade de seu tempo, e exigir-lhe uma postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade".¹³⁹

A idéia que os direitos têm uma finalidade a cumprir revela que tais fins não se perfazem com a realização dos interesses de seu titular apenas, é necessário atender aos "fins sociais" às exigências do "bem comum", como prescreve o artigo 5º da LICC.^{140 141} Neste momento, a função social do contrato, que não chegou a ser

¹³⁶ NORONHA, *op. cit.*, p. 85.

¹³⁷ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 351 - nota de rodapé.

¹³⁸ Neste sentido, aponta Teresa NEGREIROS, "Supõe-se que este papel central atribuído ao instituto da propriedade para todo o direito privado possa justificar o fato de muitas das teorias hoje tendencialmente reputadas de alcance geral - como a função social e a do abuso do direito - terem atingido originalmente aquele instituto, para só então se propagarem em termos mais amplos." (*Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 201)

¹³⁹ AMARAL. *Direito Civil...*, p. 346.

¹⁴⁰ "Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

¹⁴¹ NORONHA, *op. cit.*, p. 84.

negada pelo individualismo é repensada.¹⁴²

A função social invade a estrutura inabalável de liberdade expressa através do direito subjetivo. E o primeiro a sofrer aludida modificação, é o direito de propriedade. Até então, este direito consagrado nos códigos, como "absoluto", imune a intervenções do Estado e sujeito apenas a limites negativos, encontra seu justo limite na função social, consagrada à nível constitucional.¹⁴³ Esta reação de índole anti-individualista encontrou lugar pela primeira vez, na Constituição de Weimar em 1919, acolhendo-se como princípio jurídico.¹⁴⁴ Na história de nossas constituições, ela mereceu destaque a partir do texto de 1946, sendo repetido nas que lhe seguiram.¹⁴⁵ Este processo de reconhecimento de uma função social à propriedade vai culminar no texto constitucional de 1988, em seu artigo 5º, XXIII,¹⁴⁶ onde ela se revela como direito fundamental, de modo a condicionar seu exercício sob pena de não merecer tutela do ordenamento jurídico.¹⁴⁷ Nesta perspectiva, a primeira propriedade-liberdade deixa seu lugar de soberania para ter alterada a estrutura interna deste direito e condicionado seu exercício a este elemento valorativo.¹⁴⁸

Nesta ordem de idéias, a função social molda o conteúdo do direito de propriedade em cada caso concreto, em atendimento, não apenas, aos interesses

¹⁴² *Ibidem*, p. 86.

¹⁴³ A este respeito, aduz Gustavo TEPEDINO: "No texto ora em vigor, segundo a técnica empregada pelo constituinte, a função social tornou-se direito fundamental, valendo pôr em realce os diversos preceitos constitucionais atinentes à tutela da propriedade, para melhor compreender o contexto sistemático em que se inserem" (Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 270).

¹⁴⁴ FACHIN. **A função social da posse**..., p. 17.

¹⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais** ..., p. 269.

¹⁴⁶ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - A propriedade atenderá sua função social"

¹⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais** ..., p. 270.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 282.

de seu titular, mas também de não-proprietários.¹⁴⁹ Em face desta funcionalização, afirmar-se que a função social do contrato resulta como consequência da consagração constitucional da função social da propriedade.¹⁵⁰ Afirmação esta, que conta com o papel instrumental do contrato, alterando-se a idéia de que à liberdade de propriedade se faz necessária a liberdade de contratar.

Em face à concepção de Estado Social, a função social do contrato ganha relevo. Em seu nome, faz-se cada vez mais necessário a intervenção estatal, a fim de se promover a justiça contratual. Isto implica em revisitar os princípios basilares do contrato: a liberdade e a igualdade, de tal modo, que aduz Giselda HIRONAKA: "A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos".¹⁵¹

A função social do contrato foi acolhida pela primeira vez, no Código italiano, artigo 1322.¹⁵² Entre nós ela ainda não alcançou semelhante consagração legal, a não ser no projeto de Código Civil, com vistas a ser posto em vigor no artigo 421,¹⁵³ no qual o exercício da liberdade contratual deve se fazer nos limites de sua função social.

Entretanto, a falta de previsão em lei vigente não significa de modo algum, que a função social do contrato se faça ausente. Pois a ilusão de que os interesses coletivos igualam-se aos interesses individuais, há muito encontra-se desfeita, de

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 280.

¹⁵⁰ Miguel REALE *apud* NORONHA., *op. cit.*, p. 83

¹⁵¹ A função social do contrato. **Revista de Direito Civil** (Imobiliário, agrário e empresarial). São Paulo, a. 12, n. 45, jul./set. 1988. p. 141.

¹⁵² "Art. 1322. *Autonomia contrattuale. - Le parti possono liberalmente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative.*

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico."

¹⁵³ "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

tal modo, que a liberdade contratual não se justifica quando atentar aos valores de justiça.¹⁵⁴ Trata-se do atendimento ao princípio da dignidade humana esboçado como um dos objetivos do Estado brasileiro, no artigo 1º¹⁵⁵ da Constituição Federal, em conformidade com os ideários de repersonalização do Direito Civil e em oposição à patrimonialização de seus institutos fundamentais.

Ao contrário de uma igualdade que se fazia meramente formal dentro de uma visão individualista, a função social do contrato também atua com vistas a perfazer uma igualdade substancial. A este respeito, aduz Ana PRATA,¹⁵⁶ ao se referir à propriedade, que sua funcionalização constitui um "instrumento" e uma "conseqüência" da concepção de igualdade constitucional. Advirta-se que tal afirmação também não se pode desvirtuar em relação ao contrato, pois verifica-se a função social atuando na garantia da liberdade e igualdade das relações contratuais.

Nesta perspectiva, é com fundamento na função social do contrato que se promove uma intervenção neste último, revelando um rompimento com o princípio de sua intangibilidade, para promover a justiça contratual. Há, então, o ressurgimento de institutos como o da lesão, a cláusula *rebus sic stantibus*, sob a forma da teoria da imprevisão e da base negocial e, especialmente, da teoria do abuso do direito.

Nesta perspectiva, ligam-se as noções de função social e abuso do direito. A funcionalização não implica em outra coisa senão no reconhecimento de limites, que se estabelecem para o exercício de faculdades subjetivas.¹⁵⁷ A liberdade, seja enquanto direito subjetivo, como a propriedade, seja enquanto vínculo contratual, requer o atendimento à função social, sob pena de se caracterizar como abusiva.

¹⁵⁴ NORONHA, *op. cit.*, p. 81-82.

¹⁵⁵ "Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;"

¹⁵⁶ **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982. p. 182.

¹⁵⁷ AMARAL., **Direito Civil.....**, p. 347

Ao se derivar da função social, o critério do abuso do direito, no sentido de que este exprimiria com nitidez a primeira,¹⁵⁸ avultam-se as teses finalistas, especialmente como delineado por Josserand. Por isso, na idéia de abuso do direito, ao se falar de função social da propriedade, permanece essencial, como evidenciado pela doutrina finalista. Mas não parece suficiente quando se trata do ato abusivo na esfera contratual. Então, mister se faz indagar o reconhecimento de limites que são postos pelo ordenamento jurídico e por seus princípios vinculantes,¹⁵⁹ decorrentes de uma atividade interventiva, presente no Estado social.

3.2 A LIBERDADE CONTRATUAL E O ABUSO DO DIREITO

3.2.1 O Abuso do Direito e a "Soberania" do Contrato: limites à liberdade de contratar e à liberdade contratual

Em atenção a um caminho que já se faz presente desde o início deste capítulo, encontramos a teoria tradicional do contrato delineada pelo princípio da função social, com vistas a ensejar a teoria do abuso do direito. Neste cenário, ela não se encontra enclausurada no conceito de direito subjetivo, ao contrário, face a uma externalidade já esboçada em páginas anteriores, apresenta-se afeita ao princípio da liberdade contratual.

Ocorre que este princípio revela uma ideologia condizente com a ética liberal,¹⁶⁰ permitindo aos indivíduos agirem de maneira livre e autônoma no

¹⁵⁸ ABREU, José Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 1983. p. 33

¹⁵⁹ AMARAL, **Direito Civil...**, p. 347

¹⁶⁰ "Par là, le droit suisse des contrats se rattache à une éthique libérale. L'idéologie qui le fonde considère qu'il est de l'intérêt général que les sujets de droit puissent régler eux-mêmes le plus grand nombre possible des questions qui se posent à eux par des accords de volontés aussi libres que possible. Dans ce système, l'intérêt privé des parties est le moyen par lequel, de façon médiate, l'intérêt général est le mieux servi." (GUGGENHEIN, Daniel. **Le droit suisse des contrats: la conclusion des contrats**. 2. ed. Genève : George, 1991. p. 27)

mercado, propiciando a "livre concorrência".¹⁶¹ Justifica-se então, que este princípio deduzido da autonomia da vontade,¹⁶² encontre no contrato o instrumento através do qual o homem participa da produção, distribuição e consumo de bens, perfazendo sua "função econômica".¹⁶³

Em conformidade com esta concepção ideológica, o Estado deve abster-se de toda e qualquer intervenção no contrato. Eis os quadrantes nos quais o Estado liberal desempenharia sua "função protetora".¹⁶⁴ No entanto, isto não significa que referida liberdade estivesse destituída de limites, pois em verdade, estes sempre existiram, apenas ocorre que eles se revelavam como um "fator negativo", de índole externa, pois não se concebia que à vontade dos contraentes se apresentassem limites intrínsecos e positivos.

Nesta perspectiva, o contrato revela-se como o reino da liberdade contratual, apresentando-se essencialmente como um ato de vontade, que encontra sua força vinculativa no princípio *pacta sunt servanda*, negando-se às partes toda a possibilidade de afastar-se do avençado, uma vez concluído. Assim, passou a se conceber que tal liberdade somente poderia ser limitada pela própria vontade das partes.¹⁶⁵ Em atenção a esta idéia, encontram-se como limites tradicionalmente traçados à liberdade contratual, a ordem pública e os bons costumes, tal como delineado pelo artigo 6º do *Code*.^{166 167}

¹⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶² GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations* ..., p. 22.

¹⁶³ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Interpretacion economica de los contratos*. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 1994. p. 119.

¹⁶⁴ Neste sentido, Cláudia Lima MARQUES (*Op. cit.*, p. 45).

¹⁶⁵ Tratam-se daqueles casos em que uma das partes ou ambas, obrigam-se a contratar, mediante um contrato-promessa, de tal modo que o promitente já não é livre para escolher entre contratar ou não, tem o dever de fazê-lo. (ANTUNES VARELA.. *Das obrigações* ..., p. 247-248)

¹⁶⁶ "Art. 6º - *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*".

¹⁶⁷ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations* ..., p. 65. Estes limites também encontram-se esboçados no artigo 5º do Código italiano, ao se referir aos atos de disposição do corpo humano: "5. *Atti di disposizione del proprio corpo*. - *Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari*

Sob a égide de uma interpretação voluntarista, a ordem pública é entendida como um princípio superior, que não desempenha mais do que um papel excepcional.¹⁶⁸ Entretanto, deve resultar do artigo 6º, sua função enquanto limitação que se impõe à liberdade contratual em nome do interesse da sociedade. Já os bons costumes expressam um aspecto moral da ordem pública.¹⁶⁹ À imprecisão destes limites, agrega-se uma interpretação voluntarista, segundo a qual a ordem pública não desempenharia mais do que um papel excepcional.¹⁷⁰

Esta técnica de limitação à liberdade contratual expressa pelo Estado liberal, sob a ótica de uma atuação negativa e uma interpretação voluntarista, esboçada à ordem pública e aos bons costumes, encontra tradução na idéia de consentimento enquanto essência do contrato.¹⁷¹

Nesta perspectiva, o poder de controle dos contratos promovido pelo ordenamento jurídico é organizado em uma repartição de papéis entre o legislador e o juiz,¹⁷² restando especialmente para este último, papel reduzido. Eis que se o contrato resulta de uma força criadora, da qual encontra-se revestida a vontade das partes, à lei basta sancioná-lo e ao juiz basta apurar se o consentimento foi livremente manifestado e isento de vícios.¹⁷³

Nesta medida, o princípio da força obrigatória das convenções revela-se não apenas para as partes, mas para o julgador, e de tal modo, que a sua intervenção para pôr fim ou modificar o contrato, encontra-se estritamente condicionada à casos excepcionais.¹⁷⁴ Por outro lado, erige-se o princípio da

alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume" (GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba "Moinho do Verbo, 2000. p. 55).

¹⁶⁸ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations* ..., p. 66.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹⁷¹ BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo : Saraiva, 2000. p. 23.

¹⁷² ROPPO, *op. cit.*, p. 178.

¹⁷³ BECKER. **Teoria geral da lesão**..., p. 22.

¹⁷⁴ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations* ..., p. 24.

intangibilidade do conteúdo dos contratos de modo a não sofrer aquele, qualquer modificação que lhe acrescente ou subtraia algo,¹⁷⁵ basta que ele tenha sido livremente pactuado não importando qual conteúdo seja. A interpretação do contrato completa este quadro, exigindo-se que o juiz faça-a em conformidade com a intenção da vontade das partes, não lhe permitindo outro fim que não este.

Neste quadro de idéias, pelo qual a justiça contratual encontra-se entregue ao livre jogo do mercado, os institutos da lesão, da causa, dos vícios do consentimento e da teoria da imprevisão, não encontram lugar nos códigos, ou são concebidos por estes de forma excepcional, sob as vestes de um voluntarismo operante, que obsta tudo o que possa se apresentar como limite à liberdade individual.

No entanto, logo se verificou, que a limitação do Estado em favor dos indivíduos, que se encontra como pano de fundo destas considerações, proporcionou a superioridade de uma das partes contratantes em detrimento da outra. E logo se constatou que os direitos subjetivos advindos da vontade dos contratantes já não podiam mais servir unicamente aos interesses de seu titular, revelando-se como "direitos de espírito egoísta".¹⁷⁶ Esta concepção de índole individualista, necessitava ser afastada em atenção ao interesse social. Assim, em conformidade com os ecos de solidarismo que já se esboçavam em fins do século XIX, impõe-se a teoria do abuso do direito, impregnando o princípio da liberdade contratual, de justiça e equilíbrio entre as partes. Em atenção a esta necessidade, erige-se a intervenção do Estado que, em meio a uma atuação positiva, passa a determinar as regras do jogo com vistas a adequar as convenções ao interesse social.¹⁷⁷

Encontra-se nas entrelinhas desta intervenção promovida pelo Estado Social de Direito, a valorização da pessoa e sua dignidade, acolhida sob uma perspectiva constitucional, não obstante os traços de minimização que tendem a se

¹⁷⁵ LÔBO. *O contrato no estado...*, p. 96.

¹⁷⁶ ITURRASPE. *Interpretacion...*, p. 119.

¹⁷⁷ LÔBO. *O contrato no estado...*, p. 51.

impor à atividade estatal nos últimos dias.

Ressalta-se o "propósito moralizador" que passa a nortear o Direito Privado, impondo a observância de princípios como a boa-fé, concebido pelo Código alemão, sob a égide das cláusulas gerais.¹⁷⁸ Alarga-se, então, a difusão daquelas teorias antes mencionadas e, especialmente, do abuso do direito, conferindo-lhe nova roupagem. A consagração da teorização em torno deste último, destaca o "dever 'moralizador do Direito'",¹⁷⁹ com vistas a delinear limites fugidios e indeterminados, encontrados no conceito de ordem pública e de bons costumes.

E o que se quer analisar agora é justamente o teor desta limitação empreendida à liberdade contratual e obscurecida pelo individualismo e positivismo do século XIX, atentando-se para a idéia de que "o contrato não pode ser o reino do egoísmo, do puro interesse individual, sem pôr em grave risco o bem comum e a paz social."¹⁸⁰ E esta limitação atinge ambos os aspectos contidos no princípio da liberdade contratual: a liberdade de contratar e a liberdade contratual em sentido estrito. Aquela, enquanto "faculdade de livremente realizar contratos ou recusar sua celebração",¹⁸¹ esta, como "liberdade de modelação do conteúdo contratual".¹⁸² Portanto, pode-se concluir que a liberdade de contratar implica em "liberdade de celebração", como pondera Mário Júlio de ALMEIDA COSTA,¹⁸³ ou "liberdade de conclusão" como aduz Carlos Alberto da MOTA PINTO.¹⁸⁴

¹⁷⁸ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967. p. 8.

¹⁷⁹ ITURRASPE. **Interpretacion...**, p. 117.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 122.

¹⁸¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3ª ed. atual. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 95.

¹⁸² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 173. Alude a esta distinção, entre nós, Arnold WALD, o qual pondera ser a primeira, a faculdade de escolha entre contratar ou não e de escolher o outro contratante; e a segunda, a liberdade de fixação do conteúdo do contrato (**Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos**, 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. p. 155).

¹⁸³ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, p. 95.

As presentes páginas cuidam dos primeiros traços que a jurisprudência e a doutrina, especialmente aquelas de tradição francesa, em fins do século XIX cuidam de traçar àquela liberdade, o que se traduz nas várias fases da contratação: fase pré-contratual, fase de execução do contrato, o momento de sua dissolução e até mesmo a fase pós-contratual.¹⁸⁵ Trata-se da teoria do abuso do direito, que após empreendida em torno da propriedade alcançou o contrato, atingindo tanto a liberdade de contratar como a liberdade contratual, de tal modo a romper com a "idéia de soberania absoluta do contrato" e tornar-se incontestável no âmbito das obrigações.¹⁸⁶ Mas ao contrário do que se poderia pensar, esta transposição não se fez pacificamente, antes, conheceu resistências, como as que ora se apresentam à liberdade de contratar. Esta pode se apresentar em seu aspecto negativo, na recusa de contratar ou em seu aspecto positivo, ao se concluir uma avença.

No que se refere à recusa de contratar, a doutrina desde logo revelou controvérsias quanto à configuração do abuso do direito. RIPERT, ao se referir a uma categoria de direitos aos quais não se aplicaria a referida teoria, aduz que a recusa de contratar não poderia se revelar como abusiva, pois toda pessoa é livre para recusar entrar em relações jurídicas com outrem. Os casos em que tal abstenção poder-se-ia revelar por violação de um dever moral, não seriam suficientes o bastante, para que o Direito tomasse conta delas.¹⁸⁷ Apenas poderia se configurar o abuso da recusa de não contratar, em casos nos quais existisse o dever de contratar, como aqueles de ofertas ao público ou de oferta permanente. Mas nestes casos, encontra-se ausente o próprio direito de não contratar e,

¹⁸⁵ Assim encontramos JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits**. Paris : Dalloz, 1927. p. 117 *et seq.*; CAMPION, L.. **La théorie de l'abus de droits**. Paris : LGDJ, 1925. p. 94 *et seq.*; BARDESCO, Antonie. **L'abus du droit**. Paris : Giard & Brière, 1913. p. 131 *et seq.* Entre nós: MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997. p. 38 *et seq.*; ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria geral dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 176 *et seq.*

¹⁸⁶ Jacqueline MARSON *apud* MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸⁷ "*Toute personne est libre en principe de refuser d'entrer en relations juridiques avec une autre. Si cette abstention est dictée par une pensée de haine, cette personne manque au devoir de charité et d'assistance, mais cette violation du devoir moral n'est pas assez coupable pour que le juge s'en occupe*" (RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. Paris: LGDJ, 1949. p. 175).

portanto, não há que se falar em ato abusivo.¹⁸⁸

Muito além de se tratar de um dos aspectos da liberdade individual, encontra-se a oposição de CAPITANT, o qual contesta a possibilidade de abuso de não contratar, por não se tratar este de um direito subjetivo. Eis que somente poderia ser verificado, quando na presença de verdadeiros direitos reconhecidos pela lei ao indivíduo nas relações com seus semelhantes.¹⁸⁹ Este só existe quando há um direito reconhecido pela lei ao indivíduo. Assim, um empreendedor poderá se recusar a contratar, pelo simples fato de que nenhuma lei obriga-o a vincular-se com estas ou aquelas pessoas.¹⁹⁰ Contrariamente a tais alegações, esboçava DÉMONGUE, que pouco importa que um direito seja etiquetado ou catalogado como subjetivo, pois a liberdade assim como qualquer direito não pode ser empregada para prejudicar.¹⁹¹

As proposições destes autores prendem-se ao fato de consistir a recusa de contratar uma liberdade individual, por um lado, ou por não se configurar um direito subjetivo, por outro. No entanto, elas convergem para uma só orientação: o individualismo avesso ao estabelecimento de quaisquer limites que se apresentem à liberdade individual, com vistas a ameaçar a segurança jurídica.

De modo diametralmente oposto, encontra-se Josserand, ao formular sua tese acerca do abuso do direito no período pré-contratual. Embora a liberdade humana não tolere intromissões, há hipóteses em que esta, sob seu aspecto negativo, revela-se como abusiva. Apoiando-se em sua teoria finalista, a qual conserva um elemento subjetivo, ele ocorre sempre que a recusa de contratar não

¹⁸⁸ RIPERT, *op. cit.*, p. 176.

¹⁸⁹ *"En résumé, il faut se garder d'élargir à l'excès la notion de droit subjectif; on ne peut parler d'abus que quand il est bien certain que l'on est en présence d'un véritable droit reconnu par la loi à l'individu dans ses rapports avec ses semblables"* (Sur l'abus des droits. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, t. 27, 1928. p. 375).

¹⁹⁰ CAPITANT refere-se aos casos de abuso da recusa de contratar definidos pela jurisprudência sob a ótica da intenção de prejudicar, entendendo que nestes, o empreendedor que recusa contratar operários sindicalizados é culpável por um ilícito, não por abuso, mas porque todo ato mecanicamente cumprido com vistas a prejudicar outrem, constitui-se em delito civil (*Op. cit.*, p. 374).

¹⁹¹ *Apud* ANDRADE, *op.cit.*, p. 126.

se apoie em motivos legítimos, ensejando a responsabilidade de seu autor.

Trata-se de uma tese que encontrou maior alcance nos tribunais, em casos como o que o autor de uma recusa, mesmo sem ter realizado ofertas nítidas e precisas, criou uma situação desta natureza.¹⁹² Se à primeira vista, os tribunais mostram-se reticentes, negando que tal recusa pudesse se configurar como abusiva, pelo fato de se tratar a liberdade de contratar, uma prerrogativa "absoluta"; em um segundo momento, passam a admitir sua configuração, à qual se impõe a obrigação de indenizar. Os primeiros contratos nos quais se desenvolve esta tese, são os de locação de mão-de-obra que, em fins do século XIX, compunham as relações de trabalho, ainda adstritos ao Direito Civil. Nestes casos, em que patrões negavam-se contratar operários sindicalizados, parte-se da idéia segundo a qual se aquele que se recusa a contratar exerce um direito legítimo, por outro lado, seria um erro pensar que tal exercício seria ilimitado.

Em outra perspectiva, poder-se-ia indagar sobre o critério utilizado pelos tribunais, de modo a configurar esta recusa como abusiva. Nas decisões esboçadas para tais casos, chama-se a noção de abuso do direito à recusa de contratar, mediante limites meramente subjetivos a esta liberdade. E por isso não admitem outro elemento constitutivo do ato abusivo senão o desejo de prejudicar o sindicato, ou o espírito de malícia da parte daquele que se nega a contratar.¹⁹³ Trata-se da aplicação do critério subjetivo de abusividade, extremamente restrito, que não deixa margem para que se atinjam outras situações, senão aquelas que se configuram sob um suposto conflito de liberdades.

Em conformidade como que aduz Louis JOSSEERAND, a liberdade de contratar não pode ser exercida infinitamente, pois ela vai de encontro a outras liberdades igualmente sagradas, ou que pertencem à instituições centrais do país. Eis que, se de um lado o empreendedor é livre para escolher seus empregados, recusando um ou outro, é intolerável que ele possa se motivar por prejudicar uma instituição legal, comprometendo a função para a qual ela foi criada. Semelhante

¹⁹² ANDRADE, *op. cit.*, p. 126.

¹⁹³ JOSSEERAND. *De l'esprit...*, p. 131.

atitude obstaria a liberdade sindical, que não é outra, senão a própria liberdade de contratar, no que se refere ao direito de associar-se ao sindicato. Trata-se, portanto, de "um equilíbrio dos direitos em presença".¹⁹⁴

A esta altura, os limites desta tese revelam-se como consequência das próprias transformações pelas quais passava o sistema econômico capitalista. Se em um primeiro momento a consagração da liberdade individual, como intocável, serve-lhe de suporte, o desenvolvimento deste mesmo sistema exige que aquela seja limitada, com vistas a sua preservação, ainda que tais limites sejam extremamente frágeis e extrínsecos.

Exclui-se deste quadro, até então esboçado, outros casos cuja recusa não se configura como abusiva. Tratam-se de situações denominadas de "intrinsecamente ilícitas" por JOSSERAND, justificando-se pelo fato de que a "liberdade de contratar não existe, ou não existe mais."¹⁹⁵ Restam esboçados grupos com os seguintes tipos de casos: profissionais cuja atividade resulta de uma investidura dos poderes públicos (procuradores judiciais, oficiais de justiça, tabeliães e outros); empresas que desfrutam de um monopólio de direito ou de fato (companhias de ferro, correios, teatros ou cassinos).¹⁹⁶ Nestes casos, não haveria mais possibilidade de revogação, pois já reunidos os elementos para a formação do contrato, configurando-se semelhante ato, não como abusivo, mas em verdadeira violação do próprio contrato.¹⁹⁷ Este conjunto de situações passou por uma ampliação, jogando-se para a esfera do ilícito, atos que antes se configuravam como meramente abusivos.

Nestes casos, é a própria intervenção estatal que passa a prevenir o abuso do direito. Assim, se a um profissional liberal, o âmbito de vontade sempre pareceu

¹⁹⁴ JOSSERAND. *De l'esprit* ..., p. 130-131.

¹⁹⁵ *De l'esprit*..., p. 119.

¹⁹⁶ Adverte Pedro Baptista MARTINS: "Há, entretanto, estabelecimentos franqueados ao público, como teatros, cassinos cinematográficos, etc., que, não tendo o direito de, por simples animadversão ou capricho, vedar arbitrariamente a entrada a seus fregueses, não obstante, por motivo grave, impedir o acesso de determinadas pessoas que, em razão de sua conduta desprimorosa ou inconveniente, se tenham tomado indesejáveis." (*Op. cit.*, p. 40)

¹⁹⁷ JOSSERAND. *De l'esprit*..., p. 120-122.

independente para que se fizesse autor de semelhante recusa, passa a se entender que estes profissionais são chamados a desempenhar uma "missão social".¹⁹⁸ Nesta perspectiva, o Estado é chamado a intervir por influências ditadas pelo solidarismo, para sua organização e controle.¹⁹⁹ Assim se passa, por exemplo, com as atividades médicas, cujo profissional ao recusar contratar, incorreria em verdadeiro ato ilícito.²⁰⁰

No período contratual não é apenas a liberdade de contratar em seu aspecto negativo, que se mostra passível de abuso, mas também em seu aspecto positivo, o qual se refere à conclusão do contrato. Nesta perspectiva, firmaram-se as primeiras decisões dos tribunais, especialmente franceses, em fins do século XIX. Em um primeiro momento, o teor destas decisões encontra-se afeito a uma "concepção estrita de abuso do direito de contratar", como assevera CAMPION, para posteriormente se delinear em uma "concepção ampla do exercício anormal do direito de contratar".²⁰¹

No tratamento das hipóteses nas quais se configura o abuso do direito por ocasião da conclusão de um contrato, ele acaba por se identificar com outras teorias clássicas como a lesão, a fraude contra credores e a teoria da causa, em conformidade com a doutrina esboçada por autores como JOSSERAND.²⁰²

¹⁹⁸ ITURRASPE. *Interpretacion...*, p. 125.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 125.

²⁰⁰ Em verdade, em tais casos, a intervenção estatal não se restringe à abusividade, pois em conformidade com o que aduz Antônio CHAVES, "...presenciamos hoje em dia uma limitação cada vez mais acentuada na liberdade de contratar, através de um interferência explícita do poder público." (**Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo : Lejus, 1997. p. 48). Assim, acrescenta o referido autor: "O legislador, quando intervém, fá-lo para restringir o exercício desse direito, procurando prever ou obviar os abusos que poderia ocasionar, tomando-se característica nessas hipóteses sua intervenção através de sanções de caráter criminal, muitas vezes, na prática, as únicas eficientes, quando por outra forma não se possa obrigar à prestação recusada, e não seja possível provar-se o prejuízo ocasionado." (*Ibidem*, p. 48).

²⁰¹ *Op. cit.*, p. 103, 113.

²⁰² Este autor separa as hipóteses de abuso na conclusão do contrato, abrangendo:

- a) as relações entre os contratantes, onde o abuso identifica-se à teoria dos vícios do consentimento e da lesão;
- b) em relação aos credores de um dos contratantes, onde ele se revela na fraude contra credores;
- c) em relação a terceiros, onde estão presentes as hipóteses de concorrência desleal;

Nas relações dos contratantes entre si, ocorre abuso do direito quando uma das partes utiliza-se da liberdade de concluir o contrato, no propósito de causar um prejuízo à outra ou alcançar um benefício injusto. Nestes casos, impõe-se a sanção de nulidade relativa, sempre que verificável a violência ou dolo, desempenhando estes, papel determinante para desencadear a manifestação de vontade da vítima. Nestes termos, encontramos as proposições aduzidas por JOSSERAND, para quem nestes casos, a liberdade de contratar encontra-se desviada de seu motivo legítimo ou contrária ao seu espírito. Trata-se da aplicação da teoria dos vícios do consentimento, em que as regras relativas ao dolo e a violência não passam de adaptações e preceitos legislativos sobre o abuso da liberdade de contratar em sua forma positiva.²⁰³

Em conformidade com a idéia que procura assegurar a justiça nas relações contratuais, também se apresenta o instituto da lesão. Esta figura encontra lugar no Código francês, entre os vícios do consentimento, ao lado do dolo e da violência, propiciando a rescisão do contrato, quando concluído em condições de grande desvantagem para uma das partes. Mas esta solução é admitida excepcionalmente, restringindo-se aos casos de venda de imóveis e partilha e incapazes, no artigo 1.118.^{204 205} Somente nestas ocasiões, em que uma das partes beneficie-se em detrimento da outra, propiciando a esta grande desvantagem, ocorre, não um simples abuso do direito, mas verdadeiro excesso de direitos, permitindo como sanção, a investigação dos motivos que levaram a contratar, e submetendo-a ao espírito da instituição.²⁰⁶

Nesta perspectiva, o conceito de abuso do direito acaba por ser

d) em face das exigências de ordem pública e os bons costumes, em que se revela a teoria da causa. (*Del abuso del derecho y otros ensaios*. Santa Fe de Bogotá : Temis, 1999. p. 14).

²⁰³ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 140.

²⁰⁴ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations*, p. 444.

²⁰⁵ "Art. 1118 *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.*"

²⁰⁶ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 138.

praticamente eliminado em matéria de lesão, segundo o que aduz JOSSERAND.²⁰⁷ No entanto, deve se atentar para o fato que o legislador francês concebeu a lesão sob moldes voluntaristas, de modo excepcional, "desfigurando-a", e de tal sorte que restou consignada "à proteção da integridade do consentimento do prejudicado."²⁰⁸ Diversamente se passou no BGB, ao admiti-la de modo muito mais amplo, restando em nulidade do contrato por contrariar os bons costumes e afastando-se do lugar que lhe foi outorgado pelo *Code*, enquanto vício do consentimento.²⁰⁹

Aquele modo extremamente restrito de conceber a lesão no sistema jurídico francês,²¹⁰ justifica-se por se tratar esta de uma "anomalia" em face da soberania do princípio da autonomia da vontade,²¹¹ delineando-a como "intolerável restrição à liberdade de contratar".²¹²

Nas relações entre os contratantes e seus credores, a liberdade de concluir um contrato pode se revelar como anormal, quando uma das partes o faça com a intenção de prejudicar estes últimos. Trata-se da fraude contra credores, que pode rechaçar de nulidade o contrato concluído sob aqueles termos, a qual se promove pelas regras particulares da ação pauliana. Nesta perspectiva, assevera JOSSERAND, que a fraude contra credores é uma das múltiplas manifestações do

²⁰⁷ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 140.

²⁰⁸ BECKER. *Teoria geral da lesão...*, p. 34.

²⁰⁹ "A sua regulamentação pelo BGB obedece a princípios bastante diferentes. Enquanto no Direito francês a lesão constitui um vício excepcional, de domínio assaz restrito, no Direito alemão, ao contrário, seu campo de aplicação é bem mais extenso. Ignorando-a tal como positivada pelo *Code*, o BGB concedeu-lhe um tratamento inspirado por considerações de ordem pública, afastando, assim, *a priori*, qualquer ligação entre *usura* e os vícios da vontade." (BECKER. *Teoria geral da lesão...*, p. 38)

²¹⁰ JOSSERAND exalta a presença de um elemento objetivo presente no *Code*, para que se configure a lesão, e um elemento subjetivo presente no BGB, o qual se consubstancia-se na "necessidade, fraqueza ou inexperiência do outro", mostrando-se portanto, alheio a este teor antes referido para os dois sistemas. (*De l'esprit...*, p. 138-139)

²¹¹ BECKER. *Teoria geral da lesão...*, p. 31.

²¹² Aduz Orlando GOMES, que do modo como foi conceituada pelo código, isto é, um vício do consentimento equiparado ao erro, para que se admitisse a rescisão do contrato sem sacrifício da força vinculante da vontade e seu poder criador, representa a consagração da tese individualista, em face das condições extremamente desvantajosas para uma das partes, ao concluir o contrato. (*Transformações ...*, p. 29)

abuso do direito. E de tal modo que a liberdade do devedor em concluir um contrato, revela-se abusiva pela presença da vontade de prejudicar seus credores, denominada de *consilium fraudis*.²¹³

Ao exercer esta liberdade de semelhante modo, os atos concluídos sob sua égide, não podem ser opostos aos credores, por se evidenciar como anormais, isto é, de modo contrário ao espírito de sua instituição e, portanto, abusivos. A sanção que se apresenta adequada a tais atos é aquela propiciada através da ação pauliana, proporcionando sua nulidade. Nesta matéria, a intenção de prejudicar resta como critério apto a compor o ato abusivo, ao qual retorna a jurisprudência, exigindo prova desta intenção e a demonstração de consciência por parte do devedor, quanto aos prejuízos causados aos seus credores.²¹⁴

Embora JOSSERAND ateste que esta ligação da fraude contra credores com o abuso do direito, não se constitui em "especulação arriscada",²¹⁵ encontra-se entre nós, Pedro Baptista MARTINS, o qual contesta-a, refutando que os atos que fraudam credores não são meramente abusivos, mas praticados contra Direito. Pois são atos que não transcendem apenas limites subjetivos, mas também aos limites objetivos estabelecidos pelo próprio Direito.²¹⁶

A autonomia da vontade das partes contratantes, no momento de conclusão do contrato, também pode se revelar contrária ao direito de terceiros, como atesta JOSSERAND, configurando-se o abuso do direito.²¹⁷

Nesta perspectiva, numerosas decisões configuraram como abusivo, o exercício do direito de contratar livremente operários ou empregados, com o objetivo de prejudicar terceiros, desorganizar seus serviços ou surpreender seus segredos de fabricação. O teor destas decisões passou por hesitações dos tribunais, como revelou em 28 de maio de 1892, a Corte de Paris, ao negar condenar o empregador

²¹³ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 140-141.

²¹⁴ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 143.

²¹⁵ *De l'esprit...*, p. 141.

²¹⁶ *Op. cit.*, p. 43 - nota 19.

²¹⁷ *De l'esprit...*, p. 143.

que despedira um dos operários de uma concorrente, entendendo-se que ele não fazia mais do que usar de seu direito.²¹⁸

Mas a tese contrária não tardou a se impor, e já nos primeiros anos deste século, uma jurisprudência numerosa decidia que o fato de contratar empregados com o objetivo de prejudicar terceiros, desorganizando seus serviços ou para surpreender seus segredos de fabricação, constitui-se em "exercício abusivo do direito de contratar livremente".²¹⁹ O teor de decisões como esta também esteve presente nos casos de concorrência desleal, considerando abusivo o fato de um negociante colocar à venda seus produtos por um preço muito reduzido, com o objetivo apenas de prejudicar seu concorrente. Assim entendeu o Tribunal do Comércio de Bruxelas, em 20 de março de 1905, ao aduzir que nada se opõe a que um comerciante venda sua mercadoria por um preço inferior ao de sua aquisição, entretanto, ele não pode por culpa ou dolo causar prejuízo à outrem, pois "o direito de cada um tem por limite o direito de outrem e não é lícito usar de seu direito, senão de um modo normal e prudente de maneira a permitir aos outros o exercício de direitos semelhantes." ²²⁰

Se nos casos até então referidos, se faz presente uma "concepção estrita de abuso do direito", onde está presente a intenção de prejudicar, semelhante concepção não se manterá de pé ao cogitar-se da liberdade de conclusão do contrato em ofensa à ordem pública e aos bons costumes. É justamente nesta perspectiva, que atua a noção de causa, passando a se investigar se os motivos que levaram as partes a concluir o contrato são contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes. Trata-se então de indagar se uma vez ultrapassados referidos limites, estaria revelado o abuso do direito.

Em conformidade com o dogma da autonomia da vontade, se o homem é livre para se obrigar, ele não se sujeita a prestar contas dos motivos que o levaram

²¹⁸ CAMPION, *op. cit.*, p. 104.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 108.

²²⁰ Tradução livre de: "...le droit de chacun a pour limite le droit d'autrui et qu'il n'est licite que d'user de son droit d'une façon normale et prudente de manière à permettre aux autres l'exercice de droits semblables;" (*Ibidem*, p. 111)

a fazê-lo.²²¹ Trata-se de uma idéia delineada pelo individualismo e afeita à doutrina econômica liberal,²²² que negou ao juiz o poder de indagar os motivos que levaram os contratantes a manifestar sua vontade.²²³

Ao colocar em pauta semelhante questão, vamos nos deparar com a concepção de causa acolhida pelo Código francês em seus artigos 1131²²⁴ e 1133,²²⁵ ao estabelecer, o primeiro, que uma obrigação assentada sobre causa ilícita não pode ter efeito; e o segundo, que "a causa é ilícita quando proibida por lei contrária aos bons costumes ou à ordem pública".²²⁶ Trata-se de considerar que a causa é o motivo ilícito ou imoral que determinou o consentimento sem qualquer distinção entre os atos jurídicos.²²⁷

Entretanto, esta revela-se como uma concepção estrita e abstrata de causa,²²⁸ a ponto de jamais admitir ao tribunal, a procura de conformidade dos atos de vontade com o objetivo social em vista do qual ela foi utilizada.²²⁹ E de tal modo, a ensinar-se tradicionalmente que, "...nos contratos sinalagmáticos, a causa da

²²¹ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations* ..., p. 531.

²²² *Ibidem*, p. 531. Tais idéias também levaram muitos juristas a se mostrarem contrários ao acolhimento da teoria da causa. Eis o pensamento delineado por PLANIOL, ao taxá-la de falsa e inútil. Falsa, porque as obrigações em um contrato sinalagmático nascem ao mesmo tempo, e inútil, porque a ausência de causa confundir-se-ia com a própria ausência do contrato. Trata-se de um pensamento análogo ao já delineado para o abuso do direito pelo mesmo autor. (*Ibidem*, p. 531)

²²³ CAMPION, *op. cit.*, p. 113.

²²⁴ "Art. 1131 L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet."

²²⁵ "Art. 1133 La cause est illicite, quand elle, est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public."

²²⁶ JOSSERAND. *De l'esprit*..., p. 149 ; CAMPION, *op. cit.*, p. 115.

²²⁷ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations* ..., p. 583: "Considérons, par exemple, dans la location d'un appartement l'obligation de payer le loyer. La cause abstraite de cette obligation, c'est la jouissance de l'appartement, ou, d'un point de vue plus subjectif, sa prise en considération par le locataire. Sur une cause ainsi entendue tout jugement de valeur est impossible. Si l'on veut porter une appréciation morale il faut considérer les mobiles du locataire. Il a pu vouloir loger sa famille, ou favoriser la prostitution. La cause ainsi entendue permet un contrôle du caractère licite ou moral du but poursuivi."

²²⁸ JOSSERAND. *De l'esprit*..., p. 150.

²²⁹ CAMPION, *op. cit.*, p. 113.

obrigação de cada uma das partes é a obrigação da outra; nos contratos reais, é a prestação efetuada a título de empréstimo, de depósito, ou de garantia, enfim, nas doações, é a intenção liberal."²³⁰ Este quadro de idéias deita-se sob moldes subjetivos, a teoria da causa no sistema francês, a qual entre nós, também se fez presente.²³¹

A jurisprudência não se ateve a esta concepção estrita, adotando uma concepção de causa ilícita contrária àquela esboçada pela doutrina. E tal concepção não é mais do que uma aplicação especial da teoria do abuso do direito, segundo CAMPION.²³²

Nesta perspectiva, a jurisprudência passou a investigar o que obedecia o autor de uma manifestação de vontade, a fim de determinar a validade ou não de uma convenção. Este é o modo pelo qual se verifica se o sujeito agiu em conformidade com a finalidade do direito que lhe foi conferido. De forma que esta também passa a estar limitada por um fim social determinado pelo sistema jurídico, cujo desvio, importará em exercício anormal desta faculdade e nulidade da obrigação que dela resulta.

Neste sentido firmaram-se as decisões da jurisprudência, como a proferida pelo *Tribunal de La Seine*, em 5 de fevereiro de 1867, ao declarar "sob causa ilícita", a obrigação de pagar o preço de uma casa de tolerância.²³³ Assim também se pautaram as decisões de outros tribunais franceses, nos primeiros anos deste século, ao anular a venda de uma casa e jogos e uma farmácia a um adquirente não diplomado. À esta época, os tribunais franceses também declararam como nula a

²³⁰ Tradução livre de: "...dans les contrats synallagmatiques la cause de l'obligation de chacune des parties c'est l'obligation de l'autre; dans les contrats réels, c'est la prestation effectuée à titre de prêt, de dépôt ou de gage; enfin, dans les donations, c'est l'intention libérale." (GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations* ..., p. 531)

²³¹ A teoria da causa restou acolhida entre nós, pela figura do enriquecimento sem causa, necessitando que esta se faça presente para toda modificação de direitos. Eis o artigo 90 do CCb: "Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição", ao entender que é necessário que a causa esteja na intenção e no negócio, quando falsa. (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A teoria da causa no direito privado*. In: FRADERA, Vera Maria [org.] *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 67)

²³² *Op. cit.*, p. 113.

²³³ CAMPION, *op. cit.*, p. 116.

doação entre concubinos, com o fim de estabelecer, continuar ou cessar relações adulterinas, por entender que elas se fundamentavam em uma causa ilícita.²³⁴

Os tribunais entenderam que nestes casos, as partes abusaram de seu direito de contratar, exercendo-o antisocialmente.²³⁵ A isto se prestou uma nova concepção de causa, na qual deixaram-se de lado investigações de teor subjetivo, para individualizá-la, ultrapassando a teoria geral das obrigações e penetrando no próprio contrato.²³⁶

Esta noção de causa desenhada por uma jurisprudência dotada de "eqüidade e progresso", torna-se a "pedra de toque" da teoria do abuso do direito, expõe JOSSERAND.²³⁷ E o critério que se toma para evidenciar o ato abusivo em tais casos, não se restringe à intenção de prejudicar. Passa a se compreender que há abuso da liberdade de contratar, quando se conclui um ato jurídico com base em um motivo ilegítimo, utilizando-o em vista de um fim ilícito, contrário às previsões e desejos da legislador.²³⁸ Há, portanto, uma ampliação da concepção de abuso do direito na conclusão do contrato, que é proporcionada pela teoria da causa.

A identificação da teoria do abuso do direito com os vícios do consentimento, a lesão e a causa, justifica-se diante das exigências por uma justiça comutativa nos contratos.²³⁹ No entanto, é necessário compreender os deslindes nos quais esta se fez presente. Trata-se do controle que se impõe à conclusão do contrato com vistas a garantir um "consentimento livre, claro e refletido".²⁴⁰

Os contornos subjetivos sob os quais foram delineados, especialmente a

²³⁴ *Ibidem*, p. 126.

²³⁵ *Ibidem*, p. 117.

²³⁶ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 151-152.

²³⁷ *De l'esprit...*, p. 153.

²³⁸ *De l'esprit...*, p. 153.

²³⁹ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations ...*, p. 291: "*Les vices du consentement doivent être également rapprochés des notions de cause et de lésion avec lesquelles ils concourent à améliorer dans les contrats la justice commutative, c'est-à-dire un juste équilibre des prestations échangées. Il est à cet égard significatif d'observer l'évolution historique parallèle de ces diverses notions.*"

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 291.

lesão e a causa, enquanto formas de vício do consentimento e aos quais ora agrega-se a figura do ato abusivo, contribui àquela idéia. E de tal modo, a não descaracterizar, mas assegurar o modelo de justiça contratual esboçado pelo dogma da autonomia da vontade: "quem diz contratual, diz justo".

Uma vez concretizada a decisão de contratar e com quem fazê-lo, assenta-se no cenário jurídico, a liberdade contratual. Trata-se da "liberdade de modelação do conteúdo contratual",²⁴¹ a qual encontra-se afeita à idéia de atipicidade presente no direito das obrigações. Em conformidade com esta idéia, confere-se às partes, tanto a possibilidade de escolha do tipo negocial mais adequado à satisfação de seus interesses, quanto o poder de modificar as cláusulas que compõem o conteúdo deste, ou criar uma forma contratual totalmente nova, configurando-se entre os contratos atípicos.

Nesta perspectiva, resultam os direitos subjetivos e prerrogativas, estabelecidas pelas partes entre si, por ocasião da modelação do conteúdo dos contratos. Isto significa, que sua execução é determinada no exercício da liberdade contratual. Tais idéias estruturaram-se em um contexto inspirado pela necessidade de segurança jurídica e respeito à vontade individual. Entretanto, isto não significa que as prerrogativas decorrentes da avença realizada entre as partes, encontrem-se destituídas de limitações. Ao contrário, ocorre apenas que elas são as que apresentaram maior resistência à aplicação da teoria do abuso do direito.²⁴²

Assim, coube à jurisprudência, auxiliada pela doutrina, substituir aquela concepção individualista, por uma concepção na qual os atos derivados do contrato devem ser exercidos em conformidade com o objetivo social que os inspira.²⁴³ Neste sentido, aduz JOSSERAND que embora as partes não possam prever todos os conflitos a que estarão sujeitas no decorrer do contrato, cabe ao juiz e à lei interpretar a vontade daquelas, e até mesmo supri-la, mas em conformidade ao

²⁴¹ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 173.

²⁴² Neste sentido CAMPION, *op. cit.*, p. 133.

²⁴³ *Ibidem*, p. 134

espírito do contrato, inspirado por um sentimento de equilíbrio e eqüidade.²⁴⁴

Nesta perspectiva, surge o momento de execução do contrato, permeado pela teoria do abuso do direito, partindo-se de um princípio geral, presente no artigo 1134, 3²⁴⁵ do *Code*, segundo o qual as obrigações devem ser executadas de boa-fé.

Assim, moldaram-se as primeiras decisões dos tribunais, como nos contratos de locação de coisas, disciplinados pelo artigo 1717²⁴⁶ do Código Civil francês, o qual proporciona ao locador o direito de impedir a sublocação ou a cessão do contrato. Firmou-se o entendimento de que este direito não é absoluto, como expôs a *Corte de Paris* em 6 de agosto de 1847, ao decidir que semelhante direito quando exercido por simples capricho, incorre em abuso do direito. Do mesmo modo, também estabeleceu o *Tribunal de Besançon*, em 27 de maio de 1884, reportando-se à necessidade de o proprietário, em semelhante circunstâncias, justificar sua recusa sobre motivos sérios e legítimos.²⁴⁷ Em contratos de locação comercial, também se entendeu como abusivo o direito de impedir a sublocação sem motivos plausíveis, de modo a impossibilitar o adquirente do fundo de comércio, de modo quase absoluto, de cedê-lo a seu turno. Eis o duplo aspecto da teoria do abuso do direito, asseverado por CAMPION: anormalidade do direito revelada pela intenção do proprietário que age sem interesse legítimo, por um lado; e revelada pelas circunstâncias antisociais de seu exercício por outro.²⁴⁸ O conjunto destas decisões tornou prevacente a idéia que o juiz poderia investigar os motivos da recusa de consentimento por parte do locador, apreciando se são justos ou não.²⁴⁹

²⁴⁴ *Op. cit.*, p. 155.

²⁴⁵ "Art. 1134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi."

²⁴⁶ "Art. 1717 Le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout ou partie."

²⁴⁷ CAMPION, *op. cit.*, p. 134.

²⁴⁸ *Op. cit.*, p. 137.

²⁴⁹ CAMPION, *op. cit.*, p. 135.

Na esteira destes casos, também se firmou a jurisprudência em relação ao artigo 1244²⁵⁰ do *Code*, ao estabelecer que o devedor não pode forçar o credor a receber o pagamento de uma prestação, parcialmente quando esta for indivisível. Eis a decisão do *Tribunal de Charleroi* de 14 de março de 1870, ao negar a resilição²⁵¹ do contrato se uma parcela importante dele foi fornecida.²⁵²

O momento de execução do contrato pode se encontrar, por vezes, permeado pela alteração das circunstâncias, revelando-se como um aspecto da teoria do abuso do direito. Tratam-se de casos onde se revela o ato abusivo por desvio de finalidade do direito concedido ao credor, de exigir o cumprimento do contrato. Assim, legitima-se o julgador a recusar ordenar a execução da obrigação, trazendo à lume a teoria da imprevisão.²⁵³

Em conformidade com o princípio *pacta sunt servanda*, as partes devem guardar fidelidade ao que foi convencionado. No entanto, verifica-se que por vezes, o quadro em meio ao qual a avença foi estipulada não se mantém incólume, sofrendo alterações, capazes de modificar as condições objetivas do contrato que foi concluído. Especialmente verificável em avenças de execução continuada, a manutenção daquele princípio em tais circunstâncias, mostrar-se-ia injusto, por tornar-se excessivamente oneroso ou impossível para o devedor cumprir com o contrato, de modo a retirar da convenção, toda sua razão econômica.

Como modo de suplantar as injustiças geradas neste contexto, resgatou-se a cláusula *rebus sic stantibus*, delineada pelo direito canônico e que no sistema jurídico francês, alcançou sua construção teórica sob as vestes da teoria da

²⁵⁰ "Art. 1244 *Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible.*"

²⁵¹ Aduz Orlando GOMES, que "Sob o nome de *resilição*, usado pelos juristas franceses, designa-se o *modo de extinção* dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes. O vocábulo não é de uso corrente entre nós. Emprega-se, de preferência, *rescisão* e, com menor frequência, *ruptura*. Todavia, o termo *rescisão* possui em boa técnica, significado diverso, e, até muito mais restrito, embora se use, às vezes, como sinônimo de *resolução*, e, até, no sentido amplo de *dissolução*. [...] Segundo a terminologia francesa, reserva-se aqui o vocábulo *resilição* para a dissolução do contrato por simples declaração de vontade de uma ou das duas partes contratantes." (*Contratos*. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 183)

²⁵² CAMPION, *op. cit.*, p. 141.

²⁵³ *Ibidem*, p. 143.

imprevisão.

Referida teoria, não logrou êxito desde logo, pois contava com o silêncio do *Code* a seu respeito, e o caráter absoluto com o qual se impunha o princípio da intangibilidade dos contratos. Em atenção a esta ordem de idéias, a doutrina da alteração das circunstâncias, encontrava resistências nos tribunais franceses, traduzidas em decisões como a da Corte de Cassação em 6 de março de 1876:

atendendo a que a regra que ele consagra [o art. 1134º do Cod. Napoleão, segundo o qual as convenções legalmente formadas valem como lei] é geral, absoluta e rege os contratos cuja execução se estenda a épocas sucessivas, de igual modo que os de qualquer outra natureza; que, em caso algum, compete aos tribunais, por muito que lhes possa parecer a sua decisão, tomar em consideração o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituir por novas, cláusulas que foram livremente aceitas pelos contratantes [...] cassam...²⁵⁴

Motivada pelo "conceptualismo exegético"²⁵⁵ o teor de decisões como esta, que não atentavam para as circunstâncias concretas, não ousou prevalecer. As dificuldades geradas pelo pós-guerra, suscitava soluções para a alteração das circunstâncias nas relações contratuais. A resposta encontrou-se especialmente delineada no direito administrativo, pela Lei *Faillot* de 21 de janeiro de 1918, ao estipular que os contratos concluídos antes da guerra, poderiam ser resolvidos se o seu cumprimento excedesse em muito, qualquer previsão que pudesse ser feita ao tempo de sua conclusão.

Mas, também se fez presente sua criação jurisprudencial, ensejando decisões como a do Conselho de Estado em 30 de março de 1916, a qual constituiu-se como um paradigma da teoria da imprevisão. A *Companhia de Iluminação de Bordéus* celebrara contrato de fornecimento de gás e eletricidade em 1904 com a cidade sob determinadas tarifas. A alta do carvão em 1914, inviabilizou a manutenção deste fornecimento. Embora a decisão tenha entendido que a mudança de preços integra a álea do contrato, houve neste caso uma situação extraordinária,

²⁵⁴ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 956.

²⁵⁵ *Ibidem.*, p. 957.

gerada pela guerra e, com vistas a assegurar o interesse geral a concessionária só deveria suportar parte razoável do contrato.²⁵⁶

Nesta perspectiva, impõe-se a intervenção do juiz no contrato, caindo por terra o princípio de sua intangibilidade em favor da teoria da imprevisão, a qual atribui ao contratante prejudicado, o direito de pedir a resolução ou revisão do contrato. Assim, o "acordo de vontades materializado no contrato só prevalece enquanto não se operam transformações de vulto nas condições que lhe teriam servido de causa ou fundamento".²⁵⁷

Indaga-se, entretanto, em nome de que princípio deve se aceitar esta intervenção nos contratos, impondo sua revisão.

Nesta perspectiva, remete-se a teoria da imprevisão à proibição do enriquecimento sem causa; à falta parcial de causa do contrato;²⁵⁸ ao instituto da lesão, por romper o equilíbrio das prestações, lesando o devedor; à equidade, e excepcionalmente, à boa-fé prevista no artigo 1134, 3. Mas, é o fundamento da teoria do abuso do direito, que resta indagar.

Neste sentido, RIPERT refere-se favoravelmente a esta concepção, enquanto fundamento da teoria da imprevisão, por considerar em relação ao credor, "o abuso de seu direito se ele encontra-se no exercício de seu crédito um enriquecimento que é injusto, quando é para ele o resultado do acaso e para o devedor uma fonte de ruína."²⁵⁹ Ocorre, que há nas entrelinhas de suas afirmações, o mesmo fundamento moral para teoria da imprevisão, que se dá para a teoria do abuso do direito. Seria contrário à moral que o credor exigisse do devedor o cumprimento de uma obrigação, após verificada a alteração das circunstâncias.²⁶⁰

²⁵⁶ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 960-961.

²⁵⁷ MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 43

²⁵⁸ GOMES. *Contratos*, p. 39.

²⁵⁹ Tradução livre de: "*Il abuse de son droit s'il trouve dans l'exercice de sa créance un enrichissement qui est injuste, puisqu'il est pour lui le résultat du hasard et pour le débiteur une source de ruine*" (*Op. cit.*, p. 153).

²⁶⁰ "*Elle repose en effet sur cette idée morale que le créancier commet une suprême injustice en usant de son droit avec la dernière rigueur. Elle élève contre la prétention du créancier la règle protectrice du débiteur injustement lésé par le sort. Elle ne nie pas que la lésion ait été voulue, elle*

No que se refere às teses finalistas, que distanciam-se da concepção de ato abusivo enquanto corretivo da moralidade, também compreende-se que em face das "circunstâncias extracontratuais", que após concluído, abalam a economia do contrato, o exercício do direito conferido ao credor tem consequências antisociais. Eis que atenta contra a idéia de solidariedade, configurando-se verdadeiro abuso do direito. E de tal modo que CAMPION assevera a respeito da teoria da imprevisão, que "Ela não é na realidade, mais do que uma nova aplicação ampliada do exercício antisocial dos direitos considerados como fator geral de regulamentação jurídica."²⁶¹

Do mesmo modo, afirma Josserand que a teoria do abuso do direito intervém em favor do devedor, estabelecendo uma barreira às pretensões do credor, utilizando-se para isto da teoria da imprevisão, a qual permite ao juiz, realizar uma revisão mais ou menos profunda do contrato.

As idéias esboçadas por estes autores não destoam da doutrina e da jurisprudência de sua época. E de tal modo, que se encontram decisões das primeiras décadas deste século, como a proferida pela *Corte de Algir* em 20 de novembro de 1919, ao afirmar "que verificadas as circunstâncias, ele deveria conforme a equidade que inspirou a lei, ter a recusa dos intimados como constituinte de um *abuso do direito* que lhe é conferido pela dita lei; que este abuso bastaria por si só a lhes conferir uma má fundamentada pretensão às perdas e danos."²⁶² No mesmo sentido é de se citar o aresto do *Conselho da Prefeitura de Eure-et-Loir* em 14 de janeiro de 1916, que "considerando, diz ele, neste caso, que o faz para a parte a mais favorecida de exigir a aplicação integral do contrato constituiria a seu benefício um uso abusivo do direito que ela tem de seu *cahier des*

refuse dá accepter cette volonté immorale." (RIPERT, *op. cit.*, p. 153)

²⁶¹ Tradução livre de: "*Elle n'est en réalité qu'une nouvelle application de la théorie élargie de l'exercice antisocial des droits envisagée comme facteur général de réglementation juridique.*" (Op. cit., p. 144)

²⁶² Tradução livre de: "*que vu les circonstances, elle devait conformément à l'équité qui a inspiré la loi, tenir le refus des intimés comme constituant un abus du droit qui leur est conféré par la dite loi; que cet abus suffisait à lui seul à les rendre mal fondés à prétendre à des dommages-intérêts.*" (CAMPION, *op. cit.*, p. 149)

charges."²⁶³ ²⁶⁴

Ao se defender semelhantes proposições, não se atenta para uma diversidade apontada por Arnaldo Medeiros da FONSECA.²⁶⁵ Ao se aplicar a teoria da imprevisão, deixa de haver o direito à prestação para o credor, o que resulta na impossibilidade deste exercer de modo abusivo, um direito que não existe.²⁶⁶ Em conformidade com esta idéia, vamos encontrar a doutrina de BRUZIN e POPESCU, no sentido de salientar a incompatibilidade entre a teoria do abuso do direito e a teoria da imprevisão, a qual reside no fato de que restaria demonstrado algo que se tem que demonstrar, pois o que se pretende é limitar o direito do credor.²⁶⁷

A transposição da teoria da imprevisão para outros institutos, tal qual o abuso do direito, traduz a dificuldade da Exegese francesa, diante de princípios que delinearam o contrato em sua "soberania absoluta". Assim, mais do que o encontro de um critério finalista para o abuso do direito, o recurso à teoria da imprevisão representa a necessidade de enquadrar esta última, em um dos conceitos já

²⁶³ "Cahier des charges: énumération des clauses et conditions pour l'exécution d'un contrat." (REY, Alain. **LE ROBERT MICRO**. Dictionnaire de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1998. p. 169)

²⁶⁴ Tradução livre de: "'Considérant, dit-il, dans ce cas, que le fait pour la partie la plus favorisée d'exiger l'application intégrale du contrat constituerait à son profit un usage abusif du droit qu'elle tient de son cahier des charges.'" (Ibidem, p. 168)

²⁶⁵ Arnaldo Medeiros da FONSECA. (**Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958. p. 233), ao aduzir que o próprio Josserand, implicitamente reconhece que não há direito à prestação em semelhantes casos, caindo por terra, a tese por ele engendrada. Conclui Arnaldo Medeiros da FONSECA, em outra parte de sua obra, que o abuso do direito e a teoria da imprevisão, têm bases diversas, ao se referir a esta última: "nega a existência do direito à prestação nas novas condições supervenientes e imprevistas. Mas, por outro lado, não obriga à reparação de nenhum dano, limitando-se a repelir a pretensão injustificada do credor. A sua posição é de defesa; não de ataque." (Op. cit., p. 347)

²⁶⁶ Neste sentido, comentam Pires LIMA e ANTUNES VARELA, sobre o abuso do direito exposto no artigo 334 do Código Civil português:

"O abuso do direito pressupõe logicamente a existência do direito (*direito subjectivo ou mero poder legal*), embora o titular se exceda no exercício dos seus poderes. A nota típica do abuso do direito reside por conseguinte, na utilização do *poder* contido na *estrutura* do direito para a prossecução de um *interesse* que exorbita do *fim* próprio do direito ou do contexto em que ele deve ser exercido." (LIMA, Fernando Andrade Pires de; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Código civil anotado**. 4ª ed. Coimbra, 1987. v. 1: artigos 1º a 761º. p. 300)

²⁶⁷ Citados respectivamente por Arnaldo Medeiros da FONSECA (Op. cit., p. 233) e Orlando GOMES (**Contratos**, p. 58).

disponíveis no sistema, evitando-se romper com a lógica dos princípios que regem o contrato. Trata-se de não desviá-los do centro de gravitação a que se impõem: a vontade.

Nesta perspectiva, a tradição francesa acaba por delinear concepção estrita de alteração das circunstâncias, exigindo-se que estas fossem imprevisíveis pelas partes. Trata-se, portanto, "de um esquema suscetível de deixar sem amparo, algumas das hipóteses merecedoras de proteção".²⁶⁸ É sob a égide de outras teorias especialmente desenvolvidas sob o fundamento do princípio da boa-fé, que ora apresenta-se escasso, que o âmbito de aplicação torna-se ampliado.

Embora o Código Civil francês contivesse dentre suas disposições, o artigo 1134, 3, que estabelece que as convenções devem ser executadas de boa-fé, tal dispositivo não encontrou êxito, não ao menos para se impor à vontade das partes. Seu alcance restou reduzido em face de uma interpretação subjetiva de boa-fé, delineando-a como um fator de reforço ao vínculo obrigacional. Em meio a este contexto, fundamenta-se a teoria da imprevisão para afastar o princípio da força obrigatória do contrato, sem se despir do subjetivismo.²⁶⁹

Do mesmo modo que as partes são livres para contratar ou não, também são livres para pôr fim a uma convenção, pois não seria razoável que elas permanecessem ligadas, se esta não é mais sua vontade. O contrato ainda repousa sobre esta que também se apresenta como uma manifestação da liberdade contratual, a qual evidentemente, não se encontra destituída de limites. Mais uma vez é a teoria do abuso do direito que vem a concretizar semelhante tarefa, controlando o exercício do direito de resolução do contrato.

²⁶⁸ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 216.

²⁶⁹ Aduz em nosso sistema, sobre o assunto, Fernando NORONHA que:

"Entre nós, é de uso recorrer-se à chamada teoria da imprevisão para justificar o reequilíbrio do contrato, ou a resolução deste, em todos os casos de superveniente destruição da relação de equivalência, e em especial naqueles que caem no âmbito da resolução por onerosidade excessiva. A teoria da imprevisão tem, porém, um inconveniente, que é a sua base subjetiva - insistindo nas expectativas alimentadas pelas partes sobre a permanência ou sobre certa evolução futura de circunstâncias que elas tinham como essenciais e que seriam afetadas pela superveniência de acontecimentos imprevisos e imprevisíveis. Todavia, dizer o que é imprevisível é muito relativo; exagerando um pouco, pode-se dizer que tudo é previsível." (*Op. cit.*, p. 243)

Esta problemática vai se apresentar especialmente naqueles contratos revogáveis *ad nutum*, como o mandato, ao possibilitar o Código Civil francês, em seu artigo 2004,²⁷⁰ a revogação ao livre arbítrio do mandante. Em verdade, trata-se de um direito de resolução unilateral, previsto legalmente para ambas as partes, isto é, mandante e mandatário. Deste modo, mostrava-se o direito de revogação como um direito que poderia ser exercido arbitrariamente.

A jurisprudência tratou de atenuar a rigidez de semelhantes dispositivos previstos no *Code*, estabelecendo que o mandato não pode ser revogado de maneira intempestiva e sem causa legítima e, para isso, ela se utilizou da teoria do abuso do direito.

Assim se firmaram as decisões dos tribunais franceses no início deste século, como a da *Corte de Cassação* em 14 de março de 1914, determinando "que mesmo neste caso, a revogação intempestiva e sem motivo legítimo poderia justificar a concessão de perdas e danos."²⁷¹

Para outros contratos, estenderam-se semelhantes decisões, como a locação de serviços. Nestas, revelou-se o princípio segundo o qual o direito subjetivo que deriva de um contrato, encontra-se desviado de sua finalidade, embora exercido com utilidade para um dos contratantes, pois ele atenta direta ou indiretamente contra a coletividade.²⁷² Conseqüentemente, não se encontra neste âmbito, apenas uma concepção estrita de abuso do direito, afeita à intenção de prejudicar, ou à falta de motivo legítimo, mas uma concepção ampla, expressa no exercício antisocial do direito.

Esta é a solução esboçada para o direito de resolução fundamentado em disposição expressa de lei, a qual encontrou uma interpretação atenuada pela jurisprudência, ao se aplicar a teoria do abuso do direito. Mas, há também o direito

²⁷⁰ "Art. 2004 *Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute.*"

²⁷¹ Tradução livre de: "*que même dans ce cas, la révocation intempestive et sans motif légitime pouvait justifier l'allocation de dommages-intérêts.*" (CAMPION, *op. cit.*, p. 170)

²⁷² *Ibidem*, p. 174.

de resolução unilateral, estabelecido pelas próprias partes, em cláusula contratual. Em tais casos, afirma JOSSERAND, que se tratam de direitos cujo seu teor é absoluto, podendo ser exercidos discricionariamente. Para ele, deixa de haver ato abusivo porque é um direito a que os contratantes voluntariamente destituem de toda sua finalidade e desprovido de causa, asseverando que o meio justifica o fim.²⁷³

Indaga-se entretanto, se semelhante solução seria de todo justa. E como modo de evitar generalizações, JOSSERAND admite que o abuso do direito possa ser invocado, naqueles casos nos quais se aplique a teoria da imprevisão. Nestas condições o autor retorna à idéia de finalidade que os direitos têm que cumprir, e admite que possa existir responsabilidade quando faltar o justo motivo.²⁷⁴

Ainda assim, poder-se-ia indagar, o por quê de semelhante proposição aduzida por autores como Josserand. E ao partir em busca de semelhante resposta, vamos nos deparar com a natureza jurídica do direito de resolução do contrato e a questão do alargamento da teoria do abuso do direito. Esta teoria nasce e desenvolve-se em torno da categoria de direito subjetivo, que encontrou naquela formulação teórica, a conformação de sua concepção individualista às novas realidades que se apresentavam. Deste modo, passou a se limitar a nova teoria ao âmbito do direito subjetivo, afastando-se, desde logo, o problema da abusividade de outras prerrogativas que não se configuravam como tal. Nesta perspectiva, encontramos o direito potestativo, natureza da qual se reveste a prerrogativa de resolução do contrato.²⁷⁵

²⁷³ *Op. cit.*, p. 187-188.

²⁷⁴ *Op. cit.*, p. 188.

²⁷⁵ Previsto entre nós no artigo 1092, parágrafo único, do Código Civil, sua natureza jurídica é de direito potestativo (ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999. p. 129).

"Artigo 1092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Se, depois de concluído o contrato sobrevier a uma das partes contratantes, diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos."

Ao se contrapor direito subjetivo e direito potestativo, verifica-se que o primeiro se traduz em uma "permissão para o aproveitamento de um bem", enquanto o segundo consiste em um poder de "alterar, unilateralmente, através de uma manifestação de vontade, a ordem jurídica."²⁷⁶ Trata-se este, de um direito que se apresenta em todas as áreas do Direito Civil, inclusive a contratual, na qual pode se verificar como potestativo, o direito de aceitar uma proposta, promovendo o aparecimento do contrato.²⁷⁷ Ou ainda, em sentido contrário, valendo-se de semelhante prerrogativa para rescindir uma avença contratual, modificando assim, a situação jurídica de outrem.

Entretanto, não se deve pensar que este poder conferido pelo direito potestativo, esteja entregue ao livre arbítrio de seu titular, o que também não ocorre com o direito subjetivo. E afirmar o contrário, seria negar-lhe a incidência da teoria do abuso do direito. Presos à semelhante concepção, motivados por uma diferença estrutural entre as duas figuras: que o direito subjetivo deriva de uma "norma permissiva" e que o direito potestativo resulta de "uma norma que confere um poder",²⁷⁸ procurou-se desviar este último da incidência da referida teoria. Mas tal assertiva, para que pudesse prevalecer, necessitaria da demonstração de que o conceito de ato abusivo é exclusivo do direito subjetivo.²⁷⁹

Com vistas a desfazer o equívoco provocado por esta pretensa exclusividade, deixa-se de lado, um dado fundamental: "o direito subjetivo é compreensivo e surge dado pela história. Ele inclui, à partida, o direito potestativo."²⁸⁰ E semelhante afirmação encontra justificativa no fato de que o poder conferido pela norma ao titular do direito potestativo, é o próprio bem que lhe

²⁷⁶ MENEZES CORDEIRO. **Teoria geral do direito civil**. 2ª edição. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 1ª volume. p. 236.

²⁷⁷ *Ibidem*, loc. cit.

²⁷⁸ MENEZES CORDEIRO. **Teoria geral** ..., p. 237.

²⁷⁹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Lisboa: Petrony, 1973. p. 550.

²⁸⁰ MENEZES CORDEIRO. **Teoria geral** ..., p. 238.

aproveitará ²⁸¹ e que deve estar presente no conceito de direito subjetivo.

Deste modo, os direitos potestativos não deixam de ser verdadeiros direitos subjetivos, realidade esta que uma vez negada, importaria em uma inversão metodológica, pois tratam-se de realidades idênticas.²⁸² Portanto, caem por terra as afirmações engendradas pela exclusividade da teoria do abuso do direito aos direitos subjetivos, guardando por trás de semelhante afirmação, a pretensão de manter intocada a esfera de liberdade conferida ao sujeito de direito. Deste modo, torna-se perfeitamente admissível o controle do exercício do direito de resolução do contrato, através da referida teoria.

Uma vez cumprido o contrato, poderia se pensar que também se encerra toda a possibilidade de abuso. No entanto, também é possível sua ocorrência no período pós-contratual, isto é, seu esgotamento ou até mesmo após sua dissolução.²⁸³ É possível então, a imposição de certos deveres, positivos ou negativos, cujo não cumprimento pode ensejar responsabilidade.

Nesta perspectiva, a consagração da proibição do abuso do direito foi encontrada pela doutrina francesa na legislação. Ao se considerar que a recusa à renovação da locação comercial não pode ser considerada como soberana, mas como um direito relativo, que ao ser exercido deve se apoiar em motivos legítimos, sob pena de configurar-se como abusivo, engajando a responsabilidade de seu titular.²⁸⁴

Em atenção a esta ordem de idéias, resta claro que a teoria do abuso do direito não se refere somente aos direitos mas também à liberdade, e não se restringindo apenas à esfera contratual.²⁸⁵ Ao contrário, há com semelhante fato,

²⁸¹ *Ibidem*, loc. cit.

²⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Teoria geral do direito civil**. Lisboa : Coimbra, 1985, v. 4. p. 99.

²⁸³ JOSSERAND. *De l'esprit...*, p. 192.

²⁸⁴ *Ibidem.*, p. 198.

²⁸⁵ LEVI, Giulio. **L'abuso del diritto**. Milano: Giuffré, 1993. p. 65.

mais uma vez, a ampliação da referida teoria. Abrem-se as portas para que ela encontre lugar na denominada liberdade "econômica" e "associativa", ampliando sua esfera de incidência.²⁸⁶

Nesta perspectiva, a liberdade encontra limites através da modelação da teoria do abuso do direito, restando como idéia fundamental, o rompimento com o princípio da intangibilidade dos contratos, face a um intervencionismo estatal com vistas a restaurar o equilíbrio perdido entre as partes, dotando este último, de um sentido mais "humano e moralizador".²⁸⁷ E de tal forma, que hoje podemos afirmar, em contrariedade às opiniões anteriormente visitadas, a consolidação da teoria do abuso do direito, rompendo com o caráter ideológico, de "soberania absoluta dos contratos", pelas palavras de Jacqueline MARSON:

A tese do abuso do direito em matéria contratual obteve igualmente na doutrina uma vitória incontestável. Nenhum autor sustenta hoje a idéia da soberania absoluta do contrato. Podemos dizer que todos os juristas se acordam por proclamar notadamente que um credor, o qual pratica penhoras ruinosas para o crédito de seu devedor, enquanto ele alcançaria a plena satisfação por uma penhora mais modesta, incorre em sua responsabilidade; ou que um contratante abusa de seu direito se ele encontra no exercício deste direito um enriquecimento resultante de um acaso e causa a ruína de seu co-contratante. As divergências de consideração não se manifestam pouco mais que relativamente às escolhas do critério ou à determinação da sanção.²⁸⁸

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 65.

²⁸⁷ Neste sentido, Orlando GOMES, segundo o qual "O princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos é abandonado em certas circunstâncias, atribuindo-se ao juiz o poder de revisão para restaurar o equilíbrio rompido, ou para liberar o devedor." (*Transformações...*, p. 7)

²⁸⁸ Tradução livre de: *"La thèse de l'abus du droit en matière contractuelle a remporté également en doctrine une victoire incontestable. Aucun auteur ne soutient aujourd'hui l'idée de la souveraineté absolue du contrat. On peut dire que tous les juristes s'accordent pour proclamer notamment qu'un créancier qui pratique des saisies ruineuses pour le crédit de son débiteur, alors qu'il obtiendrait pleine satisfaction par une saisie plus modeste, engage sa responsabilité; ou qu'un contractant abuse de son droit s'il trouve dans l'exercice de ce droit un enrichissement résultant du hasard et causant la ruine de son co-contratant."*

Le divergences de vue ne se manifestent guère plus que relativement aux choix du criterium ou à la détermination de la sanction." (Jacqueline MARSON *apud* MARTINS, Pedro Baptista, *op. cit.*, p. 39)

3.2.2 Novos Quadrantes para a Liberdade de Contratar e a Liberdade Contratual: abuso do direito e boa-fé

O cenário delineado à liberdade nos contratos pela teoria do abuso do direito encontra-se revestido de nova roupagem ao se deixar inundar pelo princípio da boa-fé, ora presente nas várias fases da contratação. Trata-se do desenvolvimento deste último princípio, especialmente delineado pela tradição germânica e atualmente encontrada em outros sistemas como o português.

Nesta perspectiva, encontramos a liberdade de contratar sujeita a novos quadrantes definidos pela responsabilidade pré-contratual. Isto implica uma referência à tese da culpa *in contrahendo* que, em verdade, já começara a se desenvolver com Ihering²⁸⁹ e que encontrou notável desenvolvimento no espaço jurídico alemão.²⁹⁰

Assenta-se a idéia de culpa *in contrahendo*, em contratos nulos por vícios ocorridos durante sua formação. Impõe-se, então, o dever de indenizar o interesse contratual negativo, com vistas a colocar a parte prejudicada na situação em que ela estaria, caso não se vinculasse a uma avença nula. Nesta perspectiva, a tese da culpa *in contrahendo* passou a ser acolhida pela doutrina e jurisprudência alemãs que, uma vez aliada ao princípio da boa-fé, teve seus horizontes alargados.²⁹¹ E suscitando decisões como a do *RG* de 7 de dezembro de 1911, a qual se tornou célebre, impondo aos contraentes deveres de proteção, mesmo antes da efetivação do contrato.

²⁸⁹ Aduz MENEZES CORDEIRO que embora tal idéia já tivesse sido visualizada por outros autores, é com Ihering que ela alcança sua inclusão no campo "juscientífico". (*Teoria geral...*, p. 686)

²⁹⁰ É de se notar em conformidade com o que aduz MENEZES CORDEIRO, que referido desenvolvimento da culpa *in contrahendo* não foi alcançado no direito francês, em face de certas peculiaridades da técnica napoleônica de responsabilidade civil. (*Teoria geral...*, p. 689-690)

²⁹¹ A este respeito, refere-se Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, que "os horizontes da responsabilidade pré-negocial alargaram-se cada vez mais, até englobaram no seu conceito, quer as hipóteses de negócio inválido e ineficaz, que aquelas em que se haja estipulado um negócio válido e eficaz, surgindo, todavia, do processo formativo danos a reparar, quer, ainda, as situações em que não se tenha celebrado negócio algum, por virtude de ruptura da fase negociatória ou decisória." (*Op. cit.*, p. 203) Também neste sentido, MENEZES CORDEIRO (*Teoria geral...*, p. 708).

Uma senhora realizara compras em um estabelecimento, após o que, pretendeu adquirir um tapete de linóleo. Ao se dirigir com o empregado ao setor de tal produto, foi colhida, juntamente com sua criança, por dois rolos que caíram por negligência. Entendeu-se que havia uma relação preparatória, semelhante à negocial e, portanto, deveria se aplicar a idéia comum aos vínculos contratuais, segundo a qual resultam deveres de cuidado com a vida e propriedade da contraparte.²⁹²

Trata-se de acolher a necessidade de observância do princípio da boa-fé, na fase de negociações preliminares, sob pena de gerar "responsabilidade por culpa na formação dos contratos", ou ainda, "responsabilidade pré-contratual" ou "pré-negocial".²⁹³

Por vezes, o *iter negotii* requer uma série de atos preparatórios, como se têm processado em muitos contratos que não obedecem a um esquema simples e imediato, como adverte Mário Júlio de ALMEIDA COSTA.²⁹⁴ Há certos contratos que subordinam-se a uma série de atos preparatórios, sendo de se impor às partes, observar deveres de lealdade e probidade. Assim, apresentam-se os *deveres de segurança*, para que não se atente contra a integridade física ou patrimonial; os *deveres de informação*, seja em relação aos contratantes ou ao objeto do contrato; e os *deveres de lealdade*, em razão dos quais não podem as partes desviar-se de uma vinculação ou praticar atos que induzam a contraparte em erro ou em danos injustificados.²⁹⁵

No que se refere aos deveres de informação, que devem ser cumpridos pelas partes, a nortear a formação dos contratos, encontra-se a decisão do BAG de 7 de fevereiro de 1964. Entendeu-se que uma trabalhadora que fora escolhida em concurso para ocupar determinado cargo, era responsável pelo fato de ocultar que

²⁹² MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 547.

²⁹³ ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 200.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 199: "No meio industrializado e tecnológico contemporâneo, são, de fato, cada vez mais freqüentes os negócios em que os respectivos preliminares se alongam e pormenorizam." (ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, p. 199-200)

²⁹⁵ MENEZES CORDEIRO. *Teoria geral...*, p. 702-706.

estava doente e necessitava de um período longo de convalescência e, após, falta às convocações para exercer suas funções, comunicando sua impossibilidade para celebrar o contrato de trabalho, inutilizando todo o processo de seleção.²⁹⁶

A existência de um dever de lealdade entre as partes também ensejou a responsabilidade por culpa *in contrahendo*, em face de sua não observância pelas partes, como entendeu o *BGH* de 18 de outubro de 1974. Em negócio de transação de imóvel não se chegou ao contrato definitivo, pois o contrato era nulo, com inalegabilidade de vício que se verificou, negado pelo *BGH*, por entender que suas conseqüências não eram insuportáveis. O vendedor foi condenado em indenização, por ter criado a convicção de que queria realizar o contrato, levando o comprador a fazer gastos consideráveis.²⁹⁷

É nesta perspectiva que ressalta a tutela da confiança, gerada por uma parte na outra e que posteriormente vem a se frustrar, em face de uma atitude contrária, ensejando responsabilidade pré-contratual.²⁹⁸ Chega-se, então, ao momento de indagar se a quebra das negociações preliminares nestas condições, ainda torna presente o abuso do direito, ou se este encontra-se afastado, quando se verifica a ofensa à boa-fé, ou ainda, se não seria esta última, uma aplicação daquela teoria.²⁹⁹

²⁹⁶ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 550.

²⁹⁷ *Ibidem.*, p. 552.

²⁹⁸ Em nosso sistema, encontramos a consagração da tese da culpa *in contrahendo*, por quebra do princípio da boa-fé objetiva, face ao rompimento de legítimas expectativas geradas na outra parte. Trata-se da decisão paradigmática, proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Ap. Civ. nº 591028295 em 06 de junho de 1991, pelo então relator Des. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR:

"Contrato. Tratativas. Culpa *in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provisamento, em parte, do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênere, às instâncias da ré. Voto vencido, julgando improcedente a ação" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 591028295, 5ª Câmara. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 06 jun. 1991. *In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 154, ano XXVII, p. 378-385, 1992.)

²⁹⁹ Adriano de Paes VAZ SERRA. afirma que: "Seja como for, onde for aplicável o dever de

A este respeito, sustenta Antônio CHAVES, reportando-se à teoria de Josserand, onde se verifica uma íntima relação com a culpa, que a teoria do abuso do direito não seria suficiente para fundamentar a responsabilidade pré-contratual. A referida doutrina não poderia ser sustentada, a não ser em casos excepcionais.³⁰⁰

Há de se salientar, no entanto, que esta pode ser a conclusão quando concebe-se a abusividade de acordo com o desenvolvimento alcançado pela teoria, sob o dogma da subjetividade. E nesta perspectiva, a ruptura das tratativas não se refere à boa-fé em seu sentido subjetivo, isto é, de má-fé, ao ser movido pela intenção de causar prejuízo a outrem, mas em seu sentido objetivo.³⁰¹

É neste sentido que, em princípio, as partes são livres para continuar ou não com as tratativas, de modo a celebrar o contrato. Mas sua ruptura não pode ser "irregular ou antifuncional", pois "abusa de seu direito quem se afasta sem completar os deveres que emergem para as partes durante este período de formação do contrato, quem se aparta sem explicação alguma, ou em um momento particularmente prejudicial para o outro contratante, ou quem o faz sem razão suficiente."³⁰² Eis a correlação entre abuso do direito e boa-fé, sob a forma de uma relação intersubjetiva, entre credor e devedor, na formação do contrato.³⁰³

No que se refere à liberdade contratual, o princípio da boa-fé também encontra-se presente, ao propiciar o controle de prerrogativas decorrentes da execução do contrato.

boa fé, a teoria do abuso do direito não adianta nada. A boa fé implica que não é admissível o abuso do direito, devendo, portanto, o exercício do direito circunscrever-se dentro dos limites consentidos pela noção de boa fé." (**Abuso do direito** (em matéria de responsabilidade civil). [s.l.] : [s.e], [s.d], p. 266)

³⁰⁰ *Op. cit.*, p. 126-127.

³⁰¹ LEVI, *op. cit.*, p. 48. Aduz MENEZES CORDEIRO que, embora a autonomia privada proporcione às partes negociar livremente seus contratos, interrompendo-os quando assim entenderem, não deve entretanto, se aceitar "a negociação emulativa, dilatatória, chicaneira ou, a qualquer outro título, estranha à autonomia privada é contrária à boa-fé." (**Teoria geral...**, p. 708)

³⁰² "*Abusa de su derecho quien se aleja sin cumplimentar los deberes que emergen para las partes durante ese período de formación del contrato, quien se aparta sin explicación alguna, o en un momento particularmente perjudicial para el otro tratante, o quien lo hace sin razón suficiente.*" (ITURRASPE. **Interpretacion...**, p. 130)

³⁰³ LEVI, *op. cit.*, p. 49.

Se em meio à tradição francesa, a alteração das circunstâncias encontrou solução através da teoria da imprevisão, não se cogitando daquele princípio em sua fundamentação, a não ser excepcionalmente, o mesmo não se passa com a tradição germânica. Trata-se da teoria da base do negócio jurídico, construída por uma tendência de objetivação do negócio jurídico, que se apresenta modernamente, como a solução mais adequada à "modificação da realidade subjacente do contrato".³⁰⁴

Esta teoria criada por Oertmann, encontrou em LARENZ seu melhor desenvolvimento. Este separou em seu conceito, a base subjetiva, destacada por aquele, a qual consiste na representação mental feita pelas partes no momento de sua celebração, a respeito das circunstâncias que cercavam o contrato,³⁰⁵ da base objetiva, que consiste no conjunto de circunstâncias que cercavam o contrato à época de sua celebração e que independe de previsão pelas partes, bastando que não mais existam para justificar a resolução do contrato.³⁰⁶

Em conformidade com a tese de Larenz, a destruição da base objetiva pode ocorrer em duas hipóteses: em face da "destruição de equivalência" entre as partes, ou em face da "impossibilidade de alcançar o fim do contrato".³⁰⁷ Trata-se do princípio da justiça contratual, a que liga-se a primeira, e do princípio a boa-fé, ao qual liga-se a segunda. No entanto, a boa-fé também atua em conformidade com a justiça contratual, não deixando de revelar uma vinculação entre si.³⁰⁸ De qualquer

³⁰⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria da base do negócio jurídico. In: FRADERA, Vera Jacob [org.] **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 90, 93.

³⁰⁵ A respeito da teoria subjetiva de Oertmann, aduz MENEZES CORDEIRO que, "assente num juízo psicológico das partes, ela não daria resposta aos casos em que houvesse recusa, pela contraparte, da base reconhecida, nem às hipóteses - freqüentes em situações de alteração da circunstância atingida, de tal forma a sua manutenção se afigurara evidente." (**Da boa fé...**, p. 1040)

³⁰⁶ GOMES. **Transformações** ..., p. 52.

³⁰⁷ **Transformações**..., p. 53. MENEZES CORDEIRO aduz a respeito da teoria de Larenz que, "...é muito completa e dá um quadro global do problema bastante mais preciso do que todos os esforços anteriores. Tem ainda um mérito exclusivo, ao apoiar-se directamente em problemas reais, postos pela jurisprudência." (**Da boa fé...**, p. 1048)

³⁰⁸ NORONHA, *op. cit.*, p. 239.

modo, para verificar se houve destruição da base do negócio, no caso concreto, será necessário aplicar o princípio da boa-fé, em conformidade com o parágrafo 157³⁰⁹ do BGB, cujas conseqüências, poderá ser a resolução do contrato, ou sua revisão, optando-se neste caso, por um reajuste das prestações.³¹⁰

A teoria da base do negócio jurídico encontra-se afastada do subjetivismo impresso pela teoria da vontade. Resta, no entanto, indagar, se estaria também afastada toda a aplicabilidade do abuso do direito, contrariamente ao que se passou com a teoria da imprevisão.

Para tanto, basta recorrer ao direito português, onde a formulação doutrinária e jurisprudencial alemã, alcançou ampla aplicabilidade, traduzindo-se na previsão legislativa do artigo 437, 1,³¹¹ do Código Civil, o qual contém referência expressa à boa-fé.

A concretização jurisprudencial deste dispositivo pode ser encontrada em decisões como a proferida pelo *Supremo Tribunal de Justiça de Portugal*, em 15 de abril de 1975. Em uma cessão de quotas societárias, cujo pagamento foi convencionado em prestações indexadas pelo valor do ouro fino, este veio a sofrer aumento muito acima do custo de vida em geral. Então, pediu-se a alteração do contrato, a qual foi concedida pelo Supremo, pelo fato que uma exigência tão exagerada, contrariava a boa-fé, pois mesmo faltando os pressupostos do artigo 437, 1, tal providência justifica-se diante do abuso do direito previsto no artigo 334 por atentar contra a boa-fé. Assim, aduz MENEZES CORDEIRO a respeito deste caso que, "não há inconveniente em procurar o mesmo efeito pela via da alteração das circunstâncias ou, até, do abuso do direito."³¹²

³⁰⁹ "§ 157 - os contratos interpretam-se como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico." (Tradução de MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 325)

³¹⁰ GOMES. *Transformações...*, p. 58.

³¹¹ "Artigo 437

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. "

³¹² MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 928-929.

Nesta perspectiva, ainda é de citar a concepção doutrinária exposta por alguns autores alemães, como KÖHLER, o qual reconduz a base do negócio ao *venire contra factum proprium*, um instituto que tem por base a contrariedade à boa-fé. Deste modo, quando o contrato tenha se apoiado em certa circunstância, a princípio estável, e após a sua supressão ou não ocorrência, um dos contraentes pretenda exigir seu cumprimento, incorre em *venire contra factum proprium*. Este, no entanto, é apenas um dos critérios para concretização da base do negócio jurídico.³¹³

Com efeito, as soluções apresentadas para as hipóteses e alteração das circunstâncias, sob a formulação objetiva da base do negócio assentada sobre o princípio da boa-fé, não afasta o recurso à teoria do abuso do direito. Eis que esta também encontra-se presente, mas não afeita à teoria da vontade, tal como reveste-se no espaço jurídico francês, e sim sob os moldes da amplitude que passa a lhe ser consagrada sob o princípio da boa-fé.

No momento em que se utiliza da liberdade de desvincular-se de um contrato, encontramos o direito de resolução, o qual foi concebido sob um fundamento voluntarista, ao ser delineado pelo artigo 1184, 1,³¹⁴ do *Code*, baseada na intenção presumida das partes.³¹⁵ No entanto, a crise do voluntarismo levou a procura de um novo fundamento para a resolução que cada vez mais encontra-se esboçado pelo princípio da boa-fé e do abuso do direito.³¹⁶

³¹³ *Apud* MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., p. 1062-1063.

³¹⁴ "Art. 1184 - La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une de deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."

³¹⁵ PROENÇA, José Carlos Brandão. A resolução do contrato no direito civil. Coimbra : Coimbra, 1996. p. 65-66.

³¹⁶ Tratam-se dos artigos 239, 762, 2º e 334 do Código português. Indaga José Carlos Brandão PROENÇA, se não seria "contrário à boa fé, o comportamento do credor reclamando o cumprimento parcial ainda possível, embora 'desfazendo' do fim global do contrato?" (*Op. cit.*, p. 111)

O mesmo raciocínio aplicar-se-ia à exceção de contrato não cumprido, pela qual o demandado pode se recusar a cumprir a sua prestação, em face do não cumprimento parcial ou defeituoso da contraprestação que lhe é devida. Eis que este direito pode mostrar-se inadmissível se o seu exercício contrariar a boa-fé.

No Direito alemão e no Direito italiano, encontram-se dispositivos específicos sobre a matéria,³¹⁷ permitindo-se ao juiz reduzir ou até mesmo negar esta exceção, em conformidade com as circunstâncias que norteiam o caso concreto. Se a parte invoca uma ofensa mínima ao contrato para deixar de cumpri-lo, ou após indenizada, recusa a cumprir com sua contraprestação sob o fundamento de execução parcial ou defeituosa do contrato, verifica-se o abuso do direito, por romper com o equilíbrio e equivalência do contrato.³¹⁸ Em conformidade com MENEZES CORDEIRO, é o limite da não contrariedade à boa-fé que deve ser aplicável, sob pena de se provocar um abuso do direito.³¹⁹

Atualmente, a violação culposa de deveres no período pós-contratual, também encontra fundamento no princípio da boa-fé. Trata-se da teoria da culpa *pos pactum finitum*, a qual revela-se como um fenômeno inverso ao da culpa *in contrahendo*.³²⁰

Em uma obrigação, mesmo após extinto o dever de prestar principal, podem subsistir deveres acessórios para os antigos contraentes, em atenção ao princípio da boa-fé. Nesta perspectiva, destacam-se os deveres de proteção, informação e lealdade, tal como esboçados anteriormente, para o momento de formação do

³¹⁷ Assim dispõe o § 320, II do BGB: "Se a prestação tiver sido parcialmente executada por uma das partes, a contraprestação não pode ser recusada quando tal recusa, segundo as circunstâncias e em particular a pequena importância relativa da parte que falta ser prestada, seja contrária à boa fé". (Tradução encontrada em ABRANTES, José João. **A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português**. Conceito e fundamento. Coimbra : Almedina, 1986. p. 99) No mesmo sentido, dispõe o artigo 1460,II do Codice Civile: "*Tuttavia non può rifiutarsi la esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede.*" (*Ibidem*, *loc.cit.*)

³¹⁸ Tito ARANTES *apud* ABRANTES, *op. cit.*, p. 105.

³¹⁹ Para isto, o referido autor considera aplicável os artigos 334 e 762, 2 do Código Civil português. (*Apud* ABRANTES, *op. cit.*, p. 106)

³²⁰ Neste sentido: NORONHA, *op. cit.*, p. 203 ; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O princípio geral da boa-fé como regra de comportamento contratual. *In*: _____. **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 51; MENEZES CORDEIRO. **Da boa-fé...**, p. 625.

contrato.

Não obstante algumas "rejeições iniciais", esta doutrina alcançou recepção nos tribunais alemães, a partir da década de vinte.³²¹ Neste sentido, é de trazer à colação, a decisão do *BGH* de 14 de outubro de 1958, em que se reconheceu à vendedora de uma máquina, o dever de explicar seu funcionamento ao comprador.³²²

Mas em outra perspectiva, a derradeira limitação que se impõe à liberdade contratual, é aquela que provém de limites sociológicos, delineados sob a forma de novas figuras contratuais: os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos.³²³ Eles se caracterizam pela eliminação das tratativas e etapas précontratuais, simplificando seu processo de conclusão, o qual tem por escopo favorecer a rapidez dos negócios ou possibilitar a contratação em grande escala.³²⁴

Em semelhantes situações, a liberdade contratual é quase de todo eliminada, rompendo-se com a técnica clássica de contratação, essencialmente dominada pelos contratos "paritários ou individuais",³²⁵ nos quais as partes pretensamente livres e iguais, decidiam cada uma de suas cláusulas. Esta foi superada pelas técnicas de contratação em massa, desenvolvidas sob a ótica das relações de consumo. Nelas, de um lado está a empresa ou o Estado,³²⁶ detentor de poderio econômico, que impõe suas cláusulas à contraparte. Esta última, por vezes

³²¹ *Ibidem*, p. 626.

³²² *Da boa fé...*, p. 629. Em nossos tribunais, a tese da culpa *post pactum finitum* encontrou recepção na decisão proferida em Ap. cível nº 588042580, no TJRS, cujo teor é o seguinte:

"Compra e venda. Resolução. Culpa '*post pactum finitum*'. O vendedor que imediatamente após a venda torna inviável à compradora dispor do bem, ameaçando-a de morte e escoraçando-a do lugar, para aproveitar-se disso e vender a casa para outrem descumpra uma obrigação secundária do contrato e dá motivo à resolução. Princípio da boa-fé. Preliminar de nulidade rejeitada. Apelo provido em parte, apenas para suspender exigibilidade dos ônus de sucumbência." (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 588042580, 5ª Câmara Cível. Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 16 ago. 1988. *In: Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, abr. 1989, ano XXIV, v. 133, p. 401-404).

³²³ GUGGENHEIM, *op.cit.*, p. 39.

³²⁴ ITURRASPE. *Interpretacion...*, p. 135-136.

³²⁵ Denominação citada por Cláudia Lima MARQUES, *op. cit.*, p. 49.

³²⁶ *Ibidem*, p. 49.

uma pessoa física ou pequena empresa, economicamente mais fraca, limita-se a aceitar semelhante conteúdo, sob pena de privar-se do bem ou de serviço que pretende. Diante deste quadro, a parte que impõe o conteúdo do contrato exerce sua liberdade contratual, contudo, à outra parte resta apenas aderir ou não às cláusulas que lhe foram apresentadas, traduzindo-se tão-somente, em uma liberdade de contratar.³²⁷

Nesta perspectiva, em que a liberdade contratual resta de todo eliminada para uma das partes contratantes, encontra-se o significado de rompimento com o lugar de soberania atribuído à vontade pelo individualismo. Esta, perde sua "função de causa primeira", o "papel de fonte exclusiva da criação do Direito", libertando-se do voluntarismo jurídico.

Maior reflexo de semelhante mudança, encontra-se na configuração de relações contratuais de fato, que não se caracterizam por modalidades contratuais, em que as partes expressam em um texto escrito, o acordo de vontades, mas por "condutas sociais típicas".³²⁸ Assim, se impõem deveres às partes, que não são provenientes de qualquer declaração de vontade, mas de condutas, o que reveste a contratação de um teor eminentemente objetivo.

Os contratos de adesão e as cláusulas contratuais gerais revelam a quem os pretendesse diferenciar, a contraposição de suas concepções advindas respectivamente do sistema jurídico francês, no qual se enfatiza a "vontade criadora do contrato" e do sistema alemão, onde a "vontade apenas adere à outra já manifestada pelo contratante".³²⁹

³²⁷ GUGGENHEIM, *op. cit.*, p. 40. Neste sentido, ainda destaca Cláudia Lima MARQUES: "Permanece a liberdade de contratar, isto é, a de realizar ou não um determinado contrato, mas a liberdade contratual, liberdade para determinar o conteúdo da relação obrigacional sofreria graves limitações através das novas técnicas de contratação e também, através do intervencionismo legal na vida dos contratos, por exemplo, quando da fixação obrigatória de preços ou da renovação compulsória de locações para os atuais inquilinos." (*Op. cit.*, p. 119)

³²⁸ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 51.

³²⁹ Neste sentido, aduz Cláudia Lima MARQUES: "...prefere a doutrina germânica a expressão 'condições gerais dos contratos', ou na tradução de Portugal 'cláusulas gerais contratuais', de outra, a doutrina francesa utiliza a expressão 'contratos de adesão' ". Mas ainda que se pretendesse à aludida diferenciação, pode se afirmar com base nesta mesma autora, que os contratos de adesão devem ser entendidos restritivamente como "contratos por escrito, preparados e impressos com

Quer se diferenciem, quer se igualem, ambas as realidades cogitadas na atual sociedade industrializada, traduzem-se em uma prefixação do conteúdo do contrato, seja no todo ou em parte, por um dos contratantes.³³⁰ E por isso, estariam a revelar para alguns, um poder regulamentar dos entes privados, pelo qual uma parte elaboraria a lei privada, à qual a outra se submeteria. Trata-se de trazer à baila, as concepções de autonomia privada, como poder de auto-regulamentação dos particulares ou de considerar o contrato como lei entre as partes.³³¹

Ocorre que, ao se valer da predisposição unilateral de cláusulas, uma das partes estaria a causar um desequilíbrio contratual. É o que se verifica quando da inclusão de cláusulas "leoninas" ou "vexatórias", "por meio das quais se fortalece a posição do contratante que pré-redige e se debilita a da contraparte".³³² Tratam-se das cláusulas contratuais abusivas, que importam em um fortalecimento da parte predisponente em detrimento da outra, rompendo o equilíbrio que entre elas deve existir.

Neste momento, o princípio intevencionista utiliza-se de técnicas de controle de tais cláusulas, seja ele prévio ou posterior, de modo a proteger a parte contratante mais fraca, considerando-as nulas de pleno direito.³³³ Resta saber se este tratamento proporcionado às cláusulas abusivas encontra fundamento na teoria do abuso do direito, ou se não seria aquele o princípio da boa-fé, o qual tem se

anterioridade pelo fornecedor, no quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato." Já as "condições gerais dos contratos", submetem contratos "...escritos ou não, escritos em que o comprador aceita tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico". (*Ibidem*, p. 51).

³³⁰ *Ibidem*, p. 51.

³³¹ "Alguns comparam esta predisposição do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados (*lawmaking power*). Poder este que, legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da "lex" privada e os que a ela se submetem, podendo apenas aderir a vontade manifestada pelo outro contratante." (MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 50)

³³² ITURRASPE. *Interpretacion...*, p. 136.

³³³ Artigo 51 do CDC: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]"

mostrado ao encontro daquela teoria para solução de questões novas.

Ao se delinear esta perspectiva de limites que se impõe à liberdade de contratar e à liberdade contratual, em um encontro entre passado e presente, velhas e novas soluções são trazidas à lume, revelando-se o princípio da boa-fé como estritamente conexo com a fórmula do abuso do direito.³³⁴ Não obstante, esta relação esteja reservada para ser desenvolvida com maiores detalhes nas páginas que se seguem, já é possível antever que ela remete para uma ampliação da responsabilidade no contrato.

Em conformidade com o sistema norteado pela soberania da liberdade contratual, a intervenção do Estado reduzia-se ao mínimo, cabendo ao juiz investigar se o contrato era ilícito por contrariar a ordem pública e os bons costumes.³³⁵ Neste sentido, toda a tutela girava em torno da obtenção de um consentimento tão livre quanto possível, isento de vícios, sob pena de ser rechaçado de nulidade.

Esta realidade restou modificada pela teoria do abuso do direito de tal modo que os limites desta responsabilidade ampliam-se para momentos antes impensáveis: desde as primeiras tratativas, ensejando responsabilidade pré-contratual, até o momento posterior à sua consumação, designado de período pós-contratual.

No entanto, esta intervenção, que rompe com o princípio da intangibilidade do contrato, definitivamente promovida pela teoria do abuso do direito e sua correlação com o princípio da boa-fé não se promove apenas no sentido de proteger e favorecer a parte econômica e socialmente mais fraca, mas de reforçar e preservar a própria liberdade contratual. Trata-se do princípio da conservação dos contratos, o qual é chamado a permitir às partes encontrar os efeitos econômicos perseguidos por uma avença.³³⁶ Por outro lado, resta em tudo isso, um sentido de

³³⁴ LEVI, *op.cit.*, p. 65.

³³⁵ BESSONE, Mário. *Casi e questioni di diritto privato*. Milano : Giuffrè, 1979, v. 2. p. 115.

³³⁶ "Debe tenerse en cuenta que es la conservación del contrato la que permitirá a las partes lograr el efecto económico perseguido." (ITURRASPE. *Interpretacion...*, p. 142)

reafirmação da vontade, ainda que para tanto, seja necessário, não apenas limitar, mas por vezes, impedir o exercício de prerrogativas individuais.

Uma vez esboçadas estas premissas, cabe retratar mais de perto o princípio da boa-fé, com o qual o abuso do direito revela uma relação cada vez mais estreita. É para o deslinde de semelhante tarefa, que se reservam as próximas páginas.

3.3 O ABUSO DO DIREITO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

3.3.1 A Concepção Alemã de Boa-fé Objetiva e sua Recepção no Direito Luso-brasileiro

No cenário jurídico, assiste-se a uma "efervescência"³³⁷ do princípio da boa-fé, de modo a suscitar por parte dos juristas as mais diferentes apreciações, seja pelo sentido "subversivo"³³⁸ com o qual ela inunda o direito das obrigações, seja pelas dificuldades em conceituá-la, o que lhe fez merecer a denominação de "*une mer sans rivages*".³³⁹

Mas cumpre indagar o porquê deste despertar da boa-fé. E ao procurar semelhante resposta, é possível antever que este não é um fenômeno afeito ao tempo presente, mas que encontra paralelo com outras épocas. No direito romano, firmava-se a concepção de *bona fides*, de modo conexo com o desenvolvimento do comércio internacional e o advento de uma classe mercantil.³⁴⁰ Na esteira desta vinculação ao cenário econômico, o fenômeno da utilização da *bona fides* marginalizou reflexões sobre o abuso do direito.³⁴¹ O teor de informações como

³³⁷ O teor dessas e de outras considerações que se fazem presentes, convergem para um sentido da boa-fé que ultrapassa os quadros da justiça contratual e toma presente uma idéia nova do próprio Direito. (Marcel STORME *apud* NEGREIROS, *op. cit.*, p. 3)

³³⁸ MARTINS-COSTA. A boa fé..., p. 409.

³³⁹ Simone DAVID-CONSTANT *apud* NEGREIROS, *op. cit.*, p. 2.

³⁴⁰ CATTANEO, Giovanni. Buona fede obbiettiva e abuso del diritto. *Revista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*. Milano, an. 25, 1971, p. 632.

³⁴¹ BROGGINI, Gerardo. L'abus de droit et le principe de la bone foi : aspects historiques et

estas, permite constatar um paralelo entre o passado e o presente, no que se refere à estreita conexão entre abuso do direito e boa-fé. Isto remete para uma rápida incursão pelo direito romano, onde esta última lança suas raízes.

Nesta perspectiva, é possível argumentar a evolução da noção de *fides*,³⁴² cuja aplicação encontrava-se adstrita a três setores: o das relações de clientela, o dos negócios contratuais, e o da proteção possessória.³⁴³

A *fides* alcançou desenvolvimento nas relações entre os romanos em uma perspectiva, e com outros Estados ou povos, em outra. Dentre as primeiras, encontram-se as relações de clientela. O *pater familias* mantinha diversas pessoas que perfaziam sua clientela, de modo a engendrar direitos e deveres. Estas relações encontravam em sua base a noção de *fides*: em troca da confiança obediente, os últimos receberiam do seu patrão, segurança e proteção. Dentre as segundas, permitia-se que quando um povo não quisesse combater os romanos ou perdesse para estes a guerra, recorressem à figura da *fides*. Tratava-se de contratos internacionais, em que cada uma das partes sob a fé pública, em respeito ao livremente pactuado, prometia assistência ao cidadão de outras cidades a fim de proteger negócios privados.³⁴⁴

Neste desenvolvimento, encontra-se uma ambigüidade alcançada pela *fides* desempenhando papel decisivo neste contexto histórico, ao qual se refere Gerardo BROGGINI.³⁴⁵ Trata-se da fidelidade estrita à palavra dada que, sob as vestes da *pacta sunt servanda*, não admitia incertezas quanto ao conteúdo da obrigação; e de outro, a fidelidade substancial, que submete a apreciação deste conteúdo à equidade e à boa-fé. O trunfo desta última encontra-se presente no abandono ao formalismo que caracterizava a interpretação jurisprudencial, onde a introdução

compartifs. In: WIDMER, Pierre; COTTIER, Bertil. *Abus de droit et bonne foi*. Genève: Lausanne et Neuchâtel, 1994. p. 6.

³⁴² Assevera MENEZES CORDEIRO, que a *fides* romana constitui-se na base lingüística e conceituai da boa-fé (Da boa fé..., p. 53).

³⁴³ MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 111.

³⁴⁴ *Ibidem.*, p. 113.

³⁴⁵ *Op. cit.*, p. 8.

daqueles princípios se fez através da *bona fides iudicia*.³⁴⁶

Esta figura, em conformidade com um sistema assentado, não na atribuição de direitos subjetivos, mas de ações concretas, encontra desenvolvimento no período clássico. Em sua base, está a *fides* acompanhada do adjetivo *bona*,³⁴⁷ com vistas a compor ações como a de tutela, sociedade, fidúcia, mandato, compra e venda, condução e locação.³⁴⁸ Há nisto um caráter gerador de novas formas contratuais, devido à *bona fides*.³⁴⁹ Mas o caráter inovador desta estrutura de *actio*, está em fundamentar sob esta última, novas obrigações contratuais.³⁵⁰ Eis a invasão de elementos éticos no mundo jurídico, introduzindo pela via do pretor e do juiz, deveres morais.³⁵¹

O teor destas considerações prestam-se a moldar o caráter objetivo com o qual se apresenta a boa-fé romana, não se limitando ao respeito da palavra dada, mas conferindo a esta última, o valor e conteúdo que outros sujeitos podem dela retirar, encontrando-se afeita à confiança.³⁵²

Estas asserções da boa-fé romana vão encontrar semelhanças com sua configuração presente, sob as vestes da cláusula geral, por importar em uma delegação de poderes ao julgador.³⁵³

³⁴⁶ BROGGINI, *op. cit.*, p. 8. "É justamente aqui que se embricam os *bonae fidei iudicia*: estes consistiam em um procedimento perante o juiz no qual o demandante apresentava uma fórmula especial - embora postulando *actiones in ius conceptae* - na qual, não podendo demonstrar uma *intentio* baseada na *lex*, a fundava na *fides*, ordenando então o pretor que o juiz sentenciasse conforme os ditados da boa-fé. Esta fórmula especial, denominada *oportet ex fides bona*, era alegada pelos *bonae fidei iudicia*, isto é, os que postulando *actiones in ius conceptae*, não tinham uma *intentio* baseada em texto expresso de lei, mas apenas na alegação da *fides bona*. Era, pois, uma '*intentio*' que recaía sobre um '*incertum*', carecendo, pois, da '*demonstratio*', a parte da fórmula na qual se explicava o assunto objeto da demanda" (MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 120-121).

³⁴⁷ MENEZES CORDEIRO. Teoria geral..., p. 73.

³⁴⁸ *Ibidem.*, p. 73.

³⁴⁹ BROGGINI, *op. cit.*, p. 8.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 8.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 9.

³⁵² *Ibidem*, p. 9.

³⁵³ NEGREIROS, *op. cit.*, p. 41. "É claro que tanto as motivações como os objetivos (deveres e

No direito romano, a noção de *fides* não se prestou apenas a se perfazer como uma noção essencialmente dos contratos, sob as vestes da *bona fides iudicia*. Aquele conceito também transmuda-se para os direitos reais, especialmente no que se refere à usucapião, alcançando significado diverso, onde considera-se "intenção" ou "estado de ignorância" do possuidor.³⁵⁴ Trata-se de seu caráter subjetivo, o qual justifica-se a proteger o adquirente de boa-fé, face seu erro ou desconhecimento da verdade.

Com efeito, resultará uma concepção dualista de boa-fé para a Modernidade, expressa sob duas vertentes: a subjetiva e a objetiva. Trata-se da controvérsia encontrada entre os pandectistas do século XIX, Wächter e Bruns, ambos afeitos às fontes romanas.³⁵⁵ Em conformidade com esta asserção, consiste a primeira, na "...ignorância de lesar o direito de outrem e consuma-se em uma falsa crença, determinada por um erro qualquer,"³⁵⁶ delineando o perfil psicológico defendido por WÄCHTER. Já a segunda, designa "...a retidão da conduta, o espírito escrupuloso e franco com o qual ocorre concluir os acordos e comportar-se na sociedade humana," em conformidade com o conceito ético delineado por BRUNS.³⁵⁷

A doutrina intermediária ficou a cargo de Pernice, distinguindo a base de aplicação da boa-fé: uma aplicável aos direitos reais e outra às obrigações, decompondo a *bona fides* nos elementos consciência (psicológico) e moralidade (ético).³⁵⁸

obrigações criados pela boa-fé objetiva) são distintos, mas não há dúvida de que em ambas as figuras - a romana e a atual - se opera uma delegação de poder ao julgador para intervir, através da concretização de um princípio, na auto-regulação do caso pelas partes interessadas."

³⁵⁴ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 123.

³⁵⁵ BROUSSARD, Domenico Corradini. *Ut inter bonos*. Studio di storia delle idee giuridiche e di teoria del diritto. Pisa : Pisana, 1993. p. 111.

³⁵⁶ Tradução livre de: "...ignoranza di ledere l'altrui diritto e si consuma in una falsa credenza determinata da un qualsiasi errore." (*Ibidem*, p. 113)

³⁵⁷ Tradução livre de: "...la rettitudine della condotta, lo spirito scrupoloso e franco con cui occorre stringere gli accordi e comportarsi nell'umano consorzio." (*Ibidem*, p. 114)

³⁵⁸ LOS MOZOS, José Luis de. *El principio de la buena fe*. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español. Barcelona: Bosch, [s.d.]. p. 28.

Não obstante a irrelevância desta dualidade conceitual apontada por alguns,³⁵⁹ ela recebeu ampla recepção, não apenas pela doutrina, mas pela codificação moderna, não restando esquecida pelo direito romano.

Na esteira de um estilo que já norteou a análise de capítulos anteriores, parte-se para a contraposição entre dois modelos normativos de recepção da boa-fé: o Código Civil francês de 1804 e o BGB alemão de 1900.

No *Code*, encontra-se a presença da boa-fé subjetiva, além de outros, no artigo 550,³⁶⁰ enquanto ignorância de uma realidade. E a boa-fé objetiva, no artigo 1134, 3, ao estabelecer: "Os contratos legalmente formados têm força de lei entre aqueles que os formam. Eles não podem ser revogados senão por consentimento mútuo, ou por causas que a lei autorize. Eles devem ser executados de boa-fé."³⁶¹

O BGB também ocupou-se de uma boa-fé subjetiva (*guter glauben*) e objetiva (*treu und glauben*) referida em vários dispositivos esparsos, mas encontrada sob as vestes de uma cláusula geral, no parágrafo 242 que dispõe: "o devedor está adstrito a realizar a prestação, tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico".³⁶²

Ambos têm em comum o fato de disciplinar em tais disposições, a boa-fé enquanto regra de conduta aplicável às relações contratuais, mas que encontram uma diversidade muito grande quanto à interpretação e aplicação de tais dispositivos.

No espaço jurídico francês, não obstante a existência dos dispositivos supracitados acerca da boa-fé no *Code*, sua exegese resulta em uma incapacidade de delineá-la em seu perfil dogmático. E de tal forma, que a distinção entre as

³⁵⁹ Para RODOTÁ, há pouca relevância na aludida distinção. (*Apud* NEGREIROS, *op. cit.*, p.26)

³⁶⁰ "Art. 550 Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus."

³⁶¹ Tradução livre de: "Art. 1134 Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que le leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi."

³⁶² MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 325.

versões contratual e possessória não são sequer, cotejadas.³⁶³

A boa-fé contratual presente no *Code* é uma mera regra moral, que não chega a se constituir como "instituto jurídico".³⁶⁴ Índole esta, que se justifica pelas influências do direito natural e do direito canônico, compreendendo-se a boa-fé como uma regra de teor subjetivo, de "foro íntimo" e que não alcança o "foro externo", este sim, regido pelo direito positivo.³⁶⁵ Portanto, em meio à contraposição entre o direito natural e o direito positivo, a boa-fé não passa dos limites esboçados pelo primeiro, não alcançando este último.

O princípio da autonomia da vontade apregoava uma vontade livre e autônoma. E as conseqüências desta concepção fazem-se sentir em uma justiça contratual assegurada pela liberdade e igualdade formal; por um "subjetivismo na conceituação de contrato" e, finalmente, pela ausência de limites, a não ser em alguns poucos de índole negativa.³⁶⁶ Não se concebia que limites positivos, pudessem interferir em uma vontade livre, manifestada pelas partes, daí o repúdio à boa-fé objetiva, capaz de impor deveres não previstos expressamente pelas partes no contrato.

Do artigo 1134, 3, do *Code*, esvaziou-se qualquer sentido de limitação, por representar um desarranjo à segurança jurídica nas relações econômicas.³⁶⁷ Por outro lado, a conquista desta idéia foi obtida com o sentido delineado para aquele dispositivo legal, de que a boa-fé serviria como verdadeiro reforço à obrigatoriedade das convenções livremente pactuadas.³⁶⁸ Neste sentido, para que os contratos se configurassem como de boa-fé, deveria se atender o que neles encontrava-se expresso, bem como aos usos e à eqüidade. Nisto há uma remissão ao artigo

³⁶³ *Ibidem.*, p. 261.

³⁶⁴ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 201.

³⁶⁵ *Ibidem.*, p. 196 *et seq.*

³⁶⁶ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 203-204.

³⁶⁷ *Ibidem.*, p. 200.

³⁶⁸ *Ibidem.*, p. 204.

1135,³⁶⁹ apresentando-se afeita à boa-fé, a equidade.³⁷⁰ Trata-se de uma boa-fé que não deriva diretamente da tradição romana dos *bona fidei iudicia*, mas que reveste-se de caráter jusracionalista, ao desempenhar o papel de fortalecimento do contrato.³⁷¹

Portanto, na contraposição entre o princípio da autonomia da vontade e a boa-fé, este sistema jurídico individualista por excelência, trata não apenas de preservar a primazia do primeiro, em detrimento do segundo. E de tal modo, a conferir um papel servil à boa-fé capaz de fazer-lhe servir a vontade livre e autônoma.³⁷² Nesta perspectiva, encontra-se uma boa-fé subjetivada, cujo papel não é outro, senão "reforçar o peso da autonomia da vontade".³⁷³ Trata-se de uma maior importância atribuída a esta última, o que implicou em restrição profunda à boa-fé.³⁷⁴

Não foi apenas o predomínio do voluntarismo jurídico que propiciou um esvaziamento do princípio da boa-fé obrigacional, configurado no artigo 1134, 3, à estreita vinculação do *Code* à Escola da Exegese. Trata-se do método de interpretação que ligava toda e qualquer solução à lei escrita. Assim, a boa-fé resta concebida por um elemento interno contraposto ao dolo, enquanto "ignorância escusável",³⁷⁵ jogando-se por terra as potencialidades de sua versão objetiva.

Além do voluntarismo jurídico e da metodologia da Exegese, contribuiu de modo decisivo para o esvaziamento da boa-fé obrigacional no espaço francês, o

³⁶⁹ "Art. 1135 Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature."

³⁷⁰ MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., p. 257.

³⁷¹ *Ibidem.*, p. 247.

³⁷² Em conformidade com o que aduz Judith MARTINS-COSTA. "...Não é possível a conciliação dos dois princípios, o da autonomia da vontade, tão pleno de fortes conteúdos, e o da boa-fé, esvaziado, pela força da autonomia da vontade, até mesmo do escasso e diluído conteúdo que lhe fora atribuído pelo jusracionalismo." (A boa-fé..., p. 204)

³⁷³ MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 205

³⁷⁴ COUTO E SILVA., Clóvis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Jacob [org.] O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 34.

³⁷⁵ MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 205.

princípio da separação dos poderes, impedindo a intervenção judicial nas convenções livremente pactuadas e, portanto, reduzindo o "poder criador da Jurisprudência". A falta de uma jurisprudência desta índole, propiciada pelo silogismo e pelo voluntarismo jurídico, impediram durante muito tempo o desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva.³⁷⁶ Com efeito, chega-se em conformidade com a crítica engendrada por MENEZES CORDEIRO, ao

...fracasso da boa-fé no espaço juscultural francês. Prevista no Código Napoleão com a coloração jusracionalista que, na altura, se lhe impunha, ela foi incapaz de evoluir à medida que se lhe quebraram as amarras de origem. Imagem do bloqueio geral derivado de uma codificação fascinante e produto das limitações advenientes de um positivismo ingênuo e exegético, a boa-fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em termos de não levantar ondas dogmáticas.³⁷⁷

A consequência desta "ausência da boa-fé" é o recurso a outros institutos, com vistas a obter decisões paralelas àquelas que poderiam ser obtidas pela aplicação do referido princípio. Isto significa que o abuso do direito não apresenta qualquer vinculação com a boa-fé, a qual encontra-se em França, completamente integrado à responsabilidade civil.³⁷⁸

É somente no momento que coincide com o desprestígio do método da Escola da Exegese, que passam a prosperar as tentativas de atribuir à boa-fé contratual um efeito útil, um alcance prático que não a reduzisse a um mero preceito moral, identificado à ausência de pecado, ou a outros institutos jurídicos como a fraude, o dolo e a equidade, bem como ao abuso do direito.³⁷⁹ Trata-se de um alcance recente, provocado por "transferências culturais alemãs" para o Direito

³⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, António. Novas tendências da boa-fé. **Paraná Judiciário**. Anais do seminário luso-brasileiro sobre as novas tendências do direito civil. Curitiba, v. 52, 1998, p. 22. Aduz Clóvis do COUTO E SILVA: "Todavia, os juristas da época, da Escola da Exegese, não deram aplicação expressiva ao art. 1135. Contribuiu, para isso, não só a metodologia própria dos Comentadores do Código Napoleônico, como também a doutrina da separação dos poderes professada por Montesquieu, que reduziu, em muito, o poder criador da Jurisprudência". (**O princípio da boa-fé no direito** ..., p. 35)

³⁷⁷ Da boa fé..., p. 267.

³⁷⁸ MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., p. 267.

³⁷⁹ NEGREIROS, *op. cit.*, p. 46

francês.³⁸⁰

Ao contrário do que ocorreu entre os franceses, no sistema privado delineado no espaço alemão, o princípio não partiu de um dispositivo legal, mas do desenvolvimento alcançado pela prática comercial alemã. Portanto, em conformidade com o que aduz MENEZES CORDEIRO, a difusão da boa-fé codificada após o parágrafo 242 do BGB é apenas aparente, não passou de uma continuidade de práticas da jurisprudência comercial alemã.³⁸¹

Em uma época em que se assistia à intensificação das trocas comerciais no ocidente alemão, os tribunais a recorrem à noção de *bona fides* nos primeiros tempos do liberalismo.³⁸² O conjunto de suas decisões apresentou-se como "tópico" sem referências explícitas, desenvolvendo-se ao lado da boa-fé subjetiva, sua vertente objetiva.³⁸³ E que traduz, ainda que de modo embrionário, o "exercício inadmissível de posições jurídicas", na interpretação objetiva dos contratos, e enquanto fonte de deveres.³⁸⁴

Nesta realidade, encontra-se um significado paralelo àquele delineado pelo direito romano, no desenvolvimento da *bona fides iudicia*. E que ora se revela em seu aspecto objetivo, independente de qualquer legislação, mas pelo desempenho de um papel criador desta jurisprudência. No entanto, o desenvolvimento científico do teor destas decisões sofreu por algum tempo, o retardo do formalismo jurídico.³⁸⁵

Colhendo as influências romanas da *bona fide iudicia*, a boa-fé objetiva emerge da prática comercial alemã para o BGB. Neste, aquela encontra-se rigidamente separada da boa-fé subjetiva e com um caráter autônomo. Esta, enquanto "expediente técnico para exprimir em situações complexas, elementos

³⁸⁰ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 267.

³⁸¹ *Ibidem.*, p. 315 ; MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 209.

³⁸² MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 316.

³⁸³ *Ibidem.*, p. 317.

³⁸⁴ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 317.

³⁸⁵ *Ibidem.*, p. 229.

atinentes ao sujeito", e aquela, como "o reforço material do contrato."³⁸⁶

Esta última concepção, delineada pelo parágrafo 242, revela uma valoração sob pressupostos positivistas que não permitem conhecer a clareza de sua função, conforme crítica esboçada por Franz WIEACKER.³⁸⁷ Ocorre que o BGB estruturara-se como um sistema fechado, lançando mão do método da subsunção para interpretar o parágrafo 242. Com efeito, restou um alcance reduzido para este dispositivo, que não encontrou desde logo, toda sua potencialidade. Eis que "operada através da subsunção, a boa-fé não se desenvolve e não permite a flexibilização da norma legal à mutabilidade das situações concretas."³⁸⁸

Portanto, o parágrafo 242 não propiciou o exercício de uma função criadora pelo juiz em sua primeira fase, eis que "não era um dispositivo posto dentro do ordenamento com a finalidade de legitimar a criação jurisprudencial, sobretudo para reduzir os rigores da aplicação do direito estrito".³⁸⁹

Somente após a primeira Grande Guerra, toma corpo o desenvolvimento da boa-fé objetiva, resultando em uma compreensão absolutamente nova "da relação obrigacional, limitando extraordinariamente a autonomia da vontade."³⁹⁰ Trata-se da segunda fase de seu desenvolvimento, propiciada pelo preenchimento de seu conceito pelas cortes germânicas, caracterizada por um alargamento de sua esfera de aplicação.³⁹¹

Nesta perspectiva, tornou-se possível o recurso a velhos institutos como a *exceptio doli* e a cláusula *rebus sic stantibus* e o delineamento de novas figuras esboçando a sistemática interna da boa-fé.³⁹²

³⁸⁶ *Ibidem.*, p. 330-331.

³⁸⁷ **El principio general de la buena fé.** Madrid : Civitas, 1982. p. 32.

³⁸⁸ MARTINS-COSTA. **A boa-fé...**, p. 237.

³⁸⁹ COUTO E SILVA, **O princípio da boa-fé no direito ...**, p. 36.

³⁹⁰ MARTINS-COSTA. **A boa-fé...**, p. 287.

³⁹¹ J. SCHIMIDT *apud* MENEZES CORDEIRO. **Da boa fé...**, p. 333.

³⁹² *Ibidem*, p. 333.

Para o deslinde deste novo caráter conferido à boa-fé objetiva, contribuíram duas ordens de idéias: os *usus modernus* das Pandectas e a necessidade de consolidar a jurisprudência a partir do BGB.³⁹³

Deste modo, ao contrário de um método exegético, que norteara o sistema francês, o direito alemão contava com as influências de um direito comum, presente na Pandectística, o que desenvolvera um Direito à base de princípios como já se verificara com os pretores romanos. Além disso, as incertezas geradas por crises econômicas e fatos políticos e sociais, propiciaram aos juízes a necessidade de aplicar um Código novo a novas situações jurídicas que se fizeram presentes.³⁹⁴

Trata-se da "veracidade e elasticidade" documentada pela jurisprudência alemã, no início deste século.³⁹⁵ Embora a Pandectística tenha significado a superação do método da Exegese, mantinha-se de modo equivocado a compreensão do princípio da separação dos poderes.³⁹⁶ O teor destas considerações, encontra-se no fato já evidenciado, de o sistema jurídico alemão conter um caráter fechado, afeito ao raciocínio axiomático e contrário à aplicação de conceitos éticos como a boa-fé.³⁹⁷ No entanto, a reviravolta verificada na jurisprudência germânica, no sentido de dar aplicabilidade inusitada a este último, revela uma modificação daquele princípio: trata-se de uma libertação da jurisprudência alemã de uma concepção estrita do princípio da separação dos poderes.³⁹⁸

Em atenção a esta ordem de considerações, já é possível esboçar uma contraposição de sistemas: de um lado, o francês, no qual o princípio da boa-fé

³⁹³ NORONHA, *op. cit.*, p. 128.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 128.

³⁹⁵ WIEACKER. *História...*, p. 591.

³⁹⁶ COUTO E SILVA.. **O princípio da boa-fé no direito**, p. 36.

³⁹⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁹⁸ "Salienta John DAWSON que a jurisprudência germânica começa a libertar-se de uma concepção estrita do princípio da separação dos poderes, com a aplicação sempre mais ampla do § 138 do BGB aos aludidos contratos-mordaça, entendendo-os contrários aos bons costumes, muito embora não houvesse previsão específica para esse tipo de nulidade..." (*Ibidem*, p. 37-38)

obligacional encontra-se esvaziado em favor da autonomia da vontade, e de seu corolário, o *pacta sunt servanda*. E de outro, o alemão no qual se desenvolve uma boa-fé obrigacional, capaz de limitar extraordinariamente, a autonomia da vontade.³⁹⁹

Esta diversidade ainda se traduz em uma profunda restrição ao princípio da boa-fé, em razão de um predomínio absoluto do voluntarismo jurídico,⁴⁰⁰ no espaço jurídico alemão, no qual ela reveste-se de um valor autônomo dissociado da vontade.⁴⁰¹

Enquanto esta concepção de boa-fé contratual que se faz presente no sistema francês, como resultado do método da Escola da Exegese, altamente legalista, a concepção de boa-fé no sistema alemão, resulta do método dos Pandectas, que embora atrelado ao positivismo científico, guardava consigo, influências da Escola Histórica e da *praxis* romana. Assim, se à interpretação da boa-fé no sistema francês, faltou uma jurisprudência criadora, isto não se verifica entre os alemães.

Em meio a este últimos, a boa-fé obrigacional surge na própria jurisprudência para então alcançar acolhida no dispositivo parágrafo 242 do BGB. Este desenvolvimento encontra-se posteriormente retomado, revestindo-se de um caráter notável pelas cortes germânicas. Trata-se do fortalecimento do Estado que se sobrepõe ao voluntarismo jurídico, determinando uma objetividade que será derradeira, com uma jurisprudência criadora de limites à vontade livre.

Em contraposição ao fracasso atribuído ao princípio da boa-fé, em seu perfil objetivo no espaço jurídico francês, ele delineia-se com notável amplitude no espaço jurídico alemão. Trata-se de algo semelhante ao que se passou no direito romano clássico, com o desenvolvimento alcançado pela *bona fides iudicia*, ora traduzindo-se como uma influência presente no direito germânico. Assim, em conformidade com este paralelo, verifica-se uma aparente exclusão do abuso do

³⁹⁹ MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 287.

⁴⁰⁰ COUTO E SILVA.. O princípio da boa-fé no direito..., p. 34.

⁴⁰¹ MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 287.

direito em favor da boa-fé objetiva, em face do desenvolvimento por esta alcançado no sistema alemão.

Mas, ao contrário do que se poderia pensar, a boa-fé objetiva anima uma diversidade de institutos afeitos à relação obrigacional, sendo o que surge com mais frequência, o abuso do direito.⁴⁰² Nesta perspectiva, aquela revela-se como a base normativa para este, o qual passa a encontrar tradução no exercício inadmissível de posições jurídicas. Eis a estreita vinculação entre boa-fé e abuso do direito, revelando em suas entrelinhas o encontro de duas tradições jurídicas: a francesa e a alemã.

Nesta perspectiva, a boa-fé que passa a se constituir como fundamento do abuso do direito, não é a que encontra alcance no espaço jurídico alemão, reservada aos contratos. Não obstante possamos, por vezes, na construção jurisprudencial francesa, ao se referir ao abuso do direito encontrá-la em oposição à má-fé, o que nos remete à concepção de culpa, trata-se de uma distinção entre atuação "em boa-fé" e "segundo a boa-fé",⁴⁰³ promovida pela doutrina. A boa-fé subjetiva é constantemente definida como um estado de ignorância do sujeito sobre a situação jurídica na qual ele se encontra. É uma situação que só existe na "aparência", mas que gera um estado de "confiança subjetiva", fazendo o sujeito crer que é o titular de um direito.⁴⁰⁴

Para alguns, basta uma concepção psicológica sobre a real situação na qual se está inserido. E a boa-fé aparece contraposta à má-fé, em que se verifica uma ignorância por parte do agente, causada por culpa ou dolo. Já para outros, é necessário uma concepção ética, na qual se exige que este estado de ignorância seja desculpável, pois aquele que age culposamente não pode ser equiparado a que agiu com prudência. Secundariamente, a boa-fé subjetiva ainda expressa a noção de obrigatoriedade ao pactuado no contrato.⁴⁰⁵ Verifica-se que este

⁴⁰² MENEZES CORDEIRO. *Novas tendências...*, p. 22.

⁴⁰³ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁰⁴ NORONHA, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁰⁵ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 412.

delineamento traçado à boa-fé subjetiva, coincide com aquele esboçado para o abuso do direito, na primeira fase de desenvolvimento de sua teoria. É quando encontra-se limitado aos sistemas de índole individualista, nos quais a vontade e liberdade configuram como cânones sagrados, avessos à qualquer limitação.⁴⁰⁶

Diversamente encontra-se a boa-fé objetiva, que segundo Judith MARTINS-COSTA,⁴⁰⁷ "subverte e transforma o direito obrigacional clássico", por se tratar de um "modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico", pelo qual cada indivíduo deve agir com honestidade, lealdade e probidade. Com precisão, afirma Fernando NORONHA⁴⁰⁸ que, enquanto a boa-fé subjetiva é um estado, a boa-fé objetiva é um dever. Por isso também é designada de boa-fé lealdade e boa-fé confiança. Neste momento, ambas convergem, porque a boa-fé subjetiva também encontra seu fundamento em uma confiança. Só que, enquanto lá trata-se de uma confiança própria, aqui é a confiança no outro.

Nesta perspectiva, configuram-se como elementos a serem destacados na caracterização da boa-fé objetiva, a existência de uma relação jurídica entre duas pessoas, em que há para uma delas, a imposição de deveres em relação à outra; e a necessidade de que se reünam as condições de um estado de confiança na outra parte, em relação ao contrato celebrado para tutelá-la.⁴⁰⁹

O Código de Napoleão influenciou as codificações que lhe foram posteriores, por assim dizer, a italiana de 1865 e a portuguesa de 1867. Com efeito, houve no primeiro, a recepção do perfil exegético desenvolvido no espaço jurídico francês, de modo a suscitar no artigo 1124, regra segundo a qual "os contratos devem ser executados de boa-fé e obrigam não só a quanto, neles próprios, está expresso, mas também a todas as conseqüências que, segundo a equidade, o uso ou a lei derivam dele."⁴¹⁰ Tal preceito espelha o artigo 1134, 3, e 1135 do *Code*, de

⁴⁰⁶ Advirta-se que nesta perspectiva, os poucos limites que possam se apresentar são meramente negativos e excepcionais.

⁴⁰⁷ **A boa-fé...**, p. 410.

⁴⁰⁸ *Op. cit.*, p. 136.

⁴⁰⁹ NORONHA, *op. cit.*, p. 138.

⁴¹⁰ MENEZES CORDEIRO. **Da boa fé...**, p. 269.

tal modo que não houve espaço para o desenvolvimento da boa-fé objetiva, a qual somente ganha lugar de destaque com o *Codice* de 1942, em recepção à tradição germânica.

De outro modo não se passou como Código de Seabra, o qual recepcionou o pensamento liberal napoleônico.⁴¹¹ No entanto, isto não significou a consagração da regra prevista no artigo 1134,3, do *Code*, ao contrário, encontra-se nesta perspectiva, verdadeira ausência, engendrada pela presença da boa-fé subjetiva em uma diversidade de dispositivos. Esta ordem de considerações, não impediu, que mais tarde, a doutrina atuasse no sentido de tornar autônomo o pensamento jurídico italiano e português em relação ao francês,⁴¹² recepcionando o pensamento alemão acerca da boa-fé objetiva, recepção esta que ganhou foros notáveis, consolidando-se no Código português de 1966.

Referido acolhimento revela-se em vários dispositivos esparsos, como nos artigos 227,⁴¹³ o qual refere-se à culpa *in contrahendo*, proclamando o princípio da boa-fé em sentido objetivo, no momento das tratativas contratuais. Os artigos 236⁴¹⁴ e 239⁴¹⁵ apresentam a boa-fé em sua função interpretativa-integrativa, impondo às partes contratantes, deveres não previstos, quando da vinculação contratual; Mas é

⁴¹¹ *Ibidem.*, p. 273.

⁴¹² *Ibidem.*, p. 273.

⁴¹³ "Art. 227. 1. Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498°."

Em conformidade com crítica aduzida por VAZ SERRA, este preceito não resolve todas as questões suscitadas no domínio da responsabilidade pré-contratual, de tal modo, que se uma das partes rompe abusivamente com as negociações, responde pelos danos culposamente causados, verificando-se essa responsabilidade no caso de abuso do direito. (NETO, Abílio. *Código civil anotado*. 10. ed. Lisboa : EDIFORUM, 1996. p. 107, nota n. 18)

⁴¹⁴ "Art. 236. 1. A declaração negociai vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento de declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida."

⁴¹⁵ "Art. 239 Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissso, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta."

no artigo 762, que a boa-fé apresenta-se consagrada como um princípio geral, em torno do qual a jurisprudência orienta-se, perfazendo uma "interpretação finalística e valorativa do Direito",⁴¹⁶ ao dispor: "1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé."

Este dispositivo, impõe o cumprimento das obrigações e o exercício dos direitos, à observância da boa-fé, encontrando-se justificativa no que dispõe o artigo 334: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito."

Trata-se de uma mesma "linha de pensamento", que conjuga abuso do direito e boa-fé.⁴¹⁷ Nesta perspectiva, impede-se que alguém exerça seu direito em contradição com sua conduta anterior, na qual a outra parte tenha confiado, a qual pode ser considerada como hipótese de *venire contra factum proprium*, em conformidade com orientação fixada pela jurisprudência.⁴¹⁸

O artigo 762 também nos remete ao artigo 437⁴¹⁹ do código, onde se fixam as condições de admissibilidade para resolução ou modificação do contrato, em razão da alteração de sua base negocial. Isto torna-se possível, sempre que as obrigações assumidas por uma das partes afete o princípio da boa-fé.⁴²⁰ Através

⁴¹⁶ NEGREIROS, *op. cit.*, p. 62.

⁴¹⁷ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 173.

⁴¹⁸ Neste sentido, encontra-se o acórdão da Relação de Évora de 12 de abril de 1984:

" 'A boa fé procura assegurar uma perfeita execução do ordenamento contratual de acordo com o seu sentido e fim tendo como finalidade a plena realização dos interesses coenvolvidos. [...] À actuação dos intervenientes deverá estar sempre subjacente um espírito de lealdade e de cooperação. A boa fé na sua dimensão essencial de limite ao exercício de um direito subjectivo é, ainda, um elemento constitutivo do abuso do direito' ". (*apud* NEGREIROS, *op. cit.*, p. 63-64)

⁴¹⁹ " Art. 437. 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior."

⁴²⁰ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 176.

desta última, a possibilidade de resolução ou modificação do contrato por alteração da base negocial encontra vinculação com a teoria do abuso do direito.⁴²¹

Este rol não esgota as possibilidades de aplicação do princípio da boa-fé em conexão com o ato abusivo, eis que ao contrário do que se poderia imaginar, quando ambos relacionam-se, a presença deste último torna-se enriquecida, no direito das obrigações.

O tratamento deferido pelo Direito português revela a proximidade ao princípio da boa-fé objetiva, com aquele que se delineou na legislação e na jurisprudência germânica.⁴²² Por outro lado, em que pese a diversidade do sistema francês, este obteve soluções equiparáveis ao alemão, através de uma concepção flexível de responsabilidade civil, que se assenta na *faute*.⁴²³ Isto revela, segundo o que expõe MENEZES CORDEIRO, uma "feição híbrida", que embora haja espaço para a boa-fé objetiva na sistemática portuguesa, por vezes, ela é afastada por uma idéia alargada de culpa, próxima à *faute*, inspirada no direito francês.⁴²⁴

Ao transportar discussões sobre a boa-fé objetiva para o Direito pátrio, é possível constatar em semelhança um momento vivido sob a égide da codificação portuguesa de 1867. Não há qualquer preceito legislativo no Código posto em vigor em 1917, entre nós, a respeito da boa-fé obrigacional.⁴²⁵

Diversamente, passa-se em relação à boa-fé subjetiva, encontrando-se o Código Civil recheado de disposições a seu respeito. A título exemplificativo,

⁴²¹ Manuel de Andrade *apud* CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 176.

⁴²² MENEZES CORDEIRO, *Novas tendências* ..., p. 27.

⁴²³ "Chegados a este ponto, impõe-se sublinhar a presença nos ordenamentos continentais, de dois sistemas diferentes: os que remetem, de modo explícito, para a boa fé e os que atingem objetivos similares, através dum esquema particular de responsabilidade civil, derivado da '*faute*'.

Sistema de boa fé, por excelência, é o alemão. [...]

Em compensação, o francês conseguiu, em parte, soluções equiparáveis, através duma concepção particularmente flexível, da responsabilidade civil. Esta assente num pressuposto primordial - a prática duma *faute*." (*Ibidem*, p. 27)

⁴²⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴²⁵ COUTO E SILVA. *O princípio da boa-fé no direito* ..., p. 48.

poderiam ser citados: os artigos 490⁴²⁶ e 491⁴²⁷ ao tratar da posse de boa-fé; o artigo 510⁴²⁸ sobre efeitos da posse; o artigo 550⁴²⁹ e 551⁴³⁰ sobre a boa-fé na usucapião; o artigo 935⁴³¹ sobre o credor putativo; o artigo 221⁴³² ao dispor sobre o casamento putativo; e o artigo 1600⁴³³ ao dispor sobre o herdeiro aparente.

Não obstante a previsão encontrada no artigo 4º da LICC,⁴³⁴ em que pode ser encontrado fundamento para boa-fé enquanto princípio geral, não há qualquer preceito genérico que a consagre em sua vertente objetiva. Restaria apenas a previsão contida no artigo 1443⁴³⁵ o qual se refere aos contratos de seguro, comentada por Clóvis Beviláqua como dever de agir de boa-fé.

⁴²⁶ "Art. 490. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção."

⁴²⁷ "Art. 491. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente."

⁴²⁸ "Art. 510. O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos."

⁴²⁹ "Art. 550. Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis."

⁴³⁰ "Art. 551. Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por 10 (dez) anos entre presentes, ou 15 (quinze) anos entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé."

⁴³¹ "Art. 935. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor."

⁴³² "Art. 221. Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória.

Parágrafo único. Se um dos cônjuges estava de boa-fé, ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão."

⁴³³ "Art. 1600. São válidas as alienações de bens hereditários, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro excluído, antes da sentença de exclusão; mas aos co-herdeiros subsiste, quando prejudicados, o direito a demandar-lhe perdas e danos;"

⁴³⁴ "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

⁴³⁵ "Art. 1443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes."

Cumprе salientar a presença do artigo 131⁴³⁶ do Código Comercial, enquanto consagração desta boa-fé. No entanto, em conformidade com crítica esboçada por Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR tal dispositivo não encontrou aplicação em toda sua potencialidade,⁴³⁷ não chegando a se constituir como regra de conduta a fim de impor deveres, restando apenas em sua função de interpretação e integração do contrato.⁴³⁸

Em contrariedade ao que se passa com nosso estatuto civil em vigor, o Projeto de Código Civil traz um preceito genérico a respeito da boa-fé objetiva. Dispondo a seu respeito nos artigos 113,⁴³⁹ 421⁴⁴⁰ e 422,⁴⁴¹ nos quais ela encontra-se no desenvolvimento de suas funções de interpretação, integração, imposição de deveres e enquanto limite ao exercício de posições jurídicas. Neste diploma, sua disciplina é delineada "em articulação à função social do contrato, como um limite, portanto, à autonomia da vontade, e não mais apenas como um parâmetro para a interpretação da vontade volitiva."⁴⁴²

A ausência de um dispositivo legal genérico no Código Civil brasileiro, que consagre a boa-fé, não poderia de modo algum importar na conclusão de que entre nós ela não está consagrada. Trata-se de um paralelo com o que se passou com o

⁴³⁶ "Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras..."

⁴³⁷ "Basta dizer que o Código Comercial de 1850 já continha regra sobre a boa-fé, que permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais." (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, nº 14, 1995. p. 21) Neste sentido, também NEGREIROS, *op. cit.*, p. 74-75.

⁴³⁸ NEGREIROS, *Op. cit.*, p. 75.

⁴³⁹ "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

⁴⁴⁰ "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

⁴⁴¹ "Art. 422. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

⁴⁴² NEGREIROS, *op. cit.*, p. 74.

princípio da autonomia da vontade, apontado por Clóvis do COUTO E SILVA: em diversos ordenamentos jurídicos, nos quais no século XIX, "endeusava a autonomia da vontade", não se encontrava em seus diplomas legislativos, qualquer referência ao aludido princípio. Entretanto, isto não representou óbice à sua aceitação, ao contrário, configurou-se no princípio base da ordem jurídica dos sistemas liberais.⁴⁴³ Do mesmo modo, hoje se passa com o princípio da boa-fé objetiva. Ainda que falte dispositivo legal expresso a seu respeito, sua aplicação não pode ser descartada, apenas torna-se difícil sua aplicação, diante da falta de previsão expressa.

Este problema encontra-se hoje resolvido pela consagração da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4º, III⁴⁴⁴ e 51, IV.⁴⁴⁵ Sob o manto de uma nova ordem constitucional, consagra-se o princípio da boa-fé objetiva como um novo paradigma para as relações de consumo em nossa sociedade.⁴⁴⁶ E sob tal perspectiva verifica-se, entre nós, o "renascimento" daquele princípio, impondo-se com uma dupla função: a um tempo, constitui-se fonte de novos deveres de conduta; e a outro, causa limitadora do exercício abusivo de direitos subjetivos.⁴⁴⁷

Ao impor-se como *standard*, parâmetro de conduta, estabelecem-se deveres aos contratantes, dentre os quais ressalta-se o de informação, presente até mesmo durante a fase pré-contratual. Ocorre que, o não cumprimento de preceitos desta

⁴⁴³ COUTO E SILVA. O princípio da boa-fé no direito..., p. 49.

⁴⁴⁴ "Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores."

⁴⁴⁵ "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; "

⁴⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 106.

ordem durante a fase de execução do contrato, pode se revelar em *venire contra factum proprium* ou quando dificulta-se ou inviabiliza-se o cumprimento da prestação devida, pode se configurar a *exceptio doli*.⁴⁴⁸

Em conformidade com o teor destas idéias, inverte-se a relação antes esboçada, sob a égide do Código Civil brasileiro, entre autonomia privada e boa-fé, a qual encontrava-se em semelhança àquela delineada no espaço jurídico francês. Agora, esta deixa de desempenhar um papel de reforço em relação à primeira, para constituir-se em seu princípio limitador, que torna presente novos deveres contratuais.⁴⁴⁹ Este papel reservado à boa-fé conjuga-se com momentos onde ela alcança notável destaque nos sistemas jurídicos positivados. Torna-se presente com maior ou menor evidência, provocando uma ruptura com o legalismo imperante em quase todos os espaços jurídicos codificados do oitocentos. De semelhante modo, também se passou entre os romanos, com o desenvolvimento da *bona fides* e nas cortes germânicas, em dois momentos distintos, evidenciando sua origem jurisprudencial. Cumpre indagar a que se deve este papel desempenhado pela boa-fé, em um contexto onde passado e presente encontram-se. A resposta poderia estar presente nas palavras de DíEZ-PICAZO, ao asseverar: "Não é aventurado pensar que essa ruptura e crise do antigo legalismo tem que essa utilização dinâmica do princípio da boa-fé é uma resposta às situações criadas pela segunda revolução industrial ou pelas grandes crises econômicas, onde os mesmos interesses que antes demandavam um legalismo cristalizado como fator de certeza demandam agora soluções mais factíveis."⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 111-114.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 116.

⁴⁵⁰ Tradução livre de: "No es aventurado pensar que esa ruptura y crisis del antiguo legalismo ha que esa utilización dinámica del principio de buena fe es una respuesta a las situaciones creadas por la segunda revolución industrial o por las grandes crisis económicas, donde los mismos intereses que antes demandaban un legalismo cristalizado como factor de certidumbre, demandan ahora soluciones más factibles." (DíEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. In: *El principio general de la buena fe*. Tradução de: José Luis Carro. Madrid : Civitas, 1982. p. 16)

3.3.2 As Modalidades de Abuso do Direito Calçados na Violação da Boa-fé

Nas páginas anteriores restou evidenciada a estreita correlação entre abuso do direito e boa-fé. E de tal modo, que diante da insuficiência das teorias até então delineadas para configurar a abusividade, esta última revela-se como seu "critério ético" ou um "sistema de exercício incompatível com a regra moral".⁴⁵¹ Trata-se de identificar o abuso do direito pelo exercício de prerrogativas individuais, como contrário à boa-fé, à moral e aos bons costumes.⁴⁵²

Trouxe-se então o limite reconhecido pela doutrina e jurisprudência alemãs, em torno do parágrafo 242⁴⁵³ do BGB. Trata-se do princípio da boa-fé objetiva, o qual Karl LARENZ denominou de "o limite mais importante do exercício lícito de um direito."⁴⁵⁴ Este critério também encontra espaço em outras legislações, dentre as quais poderia se citar, artigo 334⁴⁵⁵ do Código Civil português, no qual espelha-se o artigo 187⁴⁵⁶ de nosso projeto de Código Civil; e o artigo 1071⁴⁵⁷ do Código

⁴⁵¹ Respectivamente, Jorge Bustamante ALSINA. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 8. ed. Buenos Aires: Abeldo-Perrot, 1993. p. 455 e Jorge Mosset ITURRASPE *et ali*. **Responsabilidad civil: teoría general**. Presupuestos. Responsabilidades específicas. Buenos Aires: Hamurabi, 1993. p. 204.

⁴⁵² Há espaço para este critério em diversos Códigos que proclamam tais limites, como o português, no artigo 334 e o argentino, no artigo 1071.

⁴⁵³ "§ 242 - le débiteur doit exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages."

⁴⁵⁴ "El límite más importante del ejercicio lícito de un derecho resulta del artículo 242, esto es, del principio de la salvaguardia de la buena fe. Ciertamente que este principio, según el texto del artículo 242, se refiere sólo al cumplimiento de los deberes resultantes de una relación obligacional; no obstante, según un criterio hoy indicutido, es válido para cualquier especial nexa jurídico existente, y fundamenta en el marco de éste no sólo deberes, sino que restringe también el ejercicio de derechos." (**Derecho civil: parte general**. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 299-300)

⁴⁵⁵ "Art. 334º É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito."

⁴⁵⁶ "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".

⁴⁵⁷ "Art. 1071. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."

argentino.

Nesta perspectiva, revela-se com aplausos da doutrina, o princípio da boa-fé, compondo o fundamento da teoria do abuso do direito em meio às relações contratuais,⁴⁵⁸ passando a se falar em "exercício inadmissível de posições jurídicas".⁴⁵⁹ Trata-se do desenvolvimento do parágrafo 242 proporcionado pelas cortes germânicas, constituindo-se no mais importante paradigma de uma técnica legislativa que se fez presente sob as vestes de uma cláusula geral de boa-fé.

Neste dispositivo, encontra-se a boa-fé como um *standard*, isto é, "um modelo ideal de conduta social", a qual se considera paradigmática.⁴⁶⁰ Este modelo de conduta não se resume a um "fato normativo" como se passa no casamento putativo ou com o possuidor de boa-fé, mas em uma categoria que se eleva ao nível de um princípio geral do direito.⁴⁶¹ Impõe-se, então, aos sujeitos, o dever de

⁴⁵⁸ Manifesta-se Franz WIEACKER, a respeito deste dispositivo, afirmando que se deve separar o estrito campo do § 242 do BGB da teoria do abuso do direito ou exercício abusivo dos direitos subjetivos, pois seu impacto afeta os limites do direito privado (*El principio general de la buena fe*. Tradução de: José Luis Carro. Prólogo de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1982. p. 28). Entretanto, não é o que se observa do exposto pela maioria dos autores, e assim aduz José Maunuel Bernal, *apud* Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (*A boa-fé nas relações...*, p. 24) ao afirmar que "A boa-fé pode chegar a apresentar-se como um conceito básico para determinar o exercício normal ou abusivo dos direitos". Do mesmo modo, adverte Fernando NORONHA (*Op. cit.*, p. 173) que, em tais casos, "...é preciso, todavia, sermos cautelosos antes de dar como verificado um abuso de direito, porque a boa-fé não exige certamente que ninguém proceda de modo altruísta em relação à contraparte" que no princípio da boa-fé está o verdadeiro critério do abuso do direito, pois afirma que em todos os casos resolvidos pela concepção subjetivista ou pela concepção finalista, o que está presente é a violação do dever de agir com boa-fé. Portanto, é neste momento que uma questão resta resolvida: as possibilidades do abuso encontram-se esgotadas no direito subjetivo. O abuso do direito até então construído sob o direito subjetivo, passa a se verificar em outras situações, às quais eram irreduzíveis. Há um alargamento do âmbito de incidência da teoria do abuso do direito, propugnado por autores como MENEZES CORDEIRO (*Da boa fé...*, p. 898).

⁴⁵⁹ "O termo 'abuso de normas jurídicas' só colhe quando essas normas sejam permissivas, e na media que o sejam. Aclarada a necessidade de, conceptual e linguisticamente, transcender a fórmula 'abuso do direito' - a questão poderia ser de meras palavras; a doutrina tem, contudo, rejeitado hipóteses de abuso por, em concreto, não se tratar de exercícios sediados em direitos subjetivos - e presente a insuficiência possível do esquema siebertiano do 'abuso de normas', fica, como útil e inócua, a locução 'exercício inadmissível de posições jurídicas'. Dada a linguagem do Código, pode manter-se o 'abuso do direito', desde que fique claro tratar-se desta última idéia" (MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 899).

⁴⁶⁰ Díez-PICAZO, *op.cit.*, p. 13.

⁴⁶¹ Díez-PICAZO, *op.cit.*, p. 12. Isto não significa que a cláusula geral se constitua em um princípio, embora aquela possa conter este último, como neste caso ocorre. Eis que os princípios podem ser inexpresso, ao serem recolhidos e elaborados pelo intérprete, já a cláusula geral sempre se mantém explícita. (MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 320)

comportar-se segundo a boa-fé nas suas relações jurídicas, seja no exercício de seus direitos ou no cumprimento de suas obrigações.⁴⁶² E de tal modo, a compor uma tríplice função: primeiramente, a boa-fé presta-se a preencher lacunas na relação contratual; em um segundo momento, enquanto fonte de deveres não previstos no contrato, mas que se impõem às partes; e por último, em sua função de controle, ensejando o "exercício inadmissível de posições jurídicas".⁴⁶³

A sistematização deste conteúdo interno para a boa-fé só foi possível porque ela constitui-se em uma cláusula geral, isto é, "uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e subverte a tratamento jurídico todo um domínio de casos."⁴⁶⁴ Esta definição é delineada em contraposição à casuística por Karl ENGISH, a qual delineia-se como "a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria."⁴⁶⁵ Assim, enquanto a casuística caracteriza-se por uma especificidade, induzindo o intérprete à subsunção do fato à norma, nas cláusulas gerais, este caráter não é visível. Há nestas últimas, uma "mobilidade", a qual encontra-se proporcionada pela imprecisão dos contornos da *fattispecie*, nela consubstanciada.⁴⁶⁶

Há uma peculiaridade relacionada às cláusulas gerais, que reside na sua incompatibilidade com o método da subsunção para seu desvendamento. Diga-se ainda que, com a utilização deste último, restariam "condenadas a permanecer emudecidas, num inútil e eterno limbo."⁴⁶⁷ E isto deve-se ao fato de ela configurar-

⁴⁶² Díez-PICAZO, *op.cit.*, p. 12.

⁴⁶³ "Cânone hermenêutico-integrativo do contrato, norma de criação de deveres jurídicos e limitação ao exercício de direitos subjetivos." (MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 428)

⁴⁶⁴ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 298

⁴⁶⁵ *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1996. p. 228-229.

⁴⁶⁶ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 298. Há portanto, uma indeterminação presente nas cláusulas gerais, o que no entanto, proporciona-lhe certa proximidade com os conceitos jurídicos indeterminados. No entanto, enquanto estes resumem-se à descrição de um fato limitando à liberdade do intérprete à mera subsunção, o mesmo não se verifica nas cláusulas gerais. (*Ibidem*, p. 326)

⁴⁶⁷ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 355.

se como uma norma dotada de "incompletude", de modo a não apresentar respostas prontas para os problemas que lhe são apresentados. Ela depende de uma construção jurisprudencial, na qual se fará presente a atividade valorativa do juiz, em conformidade com as circunstâncias que cercam o caso concreto. É justamente neste aspecto, que a cláusula geral recolhe aplausos da doutrina, por permitir a "abertura e mobilidade do sistema jurídico."⁴⁶⁸

Mas é também neste mesmo momento, que se revela um paradoxo, ao se constituir como tal no parágrafo 242 do BGB: trata-se de uma técnica legislativa, presente em sistemas fechados, revelando-se como um dos principais instrumentos para torná-lo aberto.

Este paradoxo somente encontra justificativa ao se trazer à lume as palavras de Franz WIEACKER, pois trata-se de uma "concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes."⁴⁶⁹ Mas tais palavras não poderiam se encontrar destituídas de uma aspecto metodológico, já ressaltado em páginas anteriores. Todo o potencial do parágrafo 242 do BGB encontrou-se obstado pelo formalismo jurídico presente na Pandectística, revelando a "inutilidade da interpretação positivista", a qual não permitiu conhecer a clareza da função daquele dispositivo.⁴⁷⁰ Isto significa que de modo algum o parágrafo 242 era para os autores do BGB, um dispositivo que conferia poderes extraordinários de criação jurídica, à semelhança do *praetor* romano.⁴⁷¹

É somente quando a Pandectística conhece sinais de sua superação, que promove-se o delineamento de uma jurisprudência suficientemente adulta para preencher as cláusulas gerais, de uma nova ética jurídica e social, face às crises suscitadas pelo pós-guerra.⁴⁷² Nesta perspectiva, o princípio da boa-fé pela via de um "Direito judicial" causa um desvio e uma ruptura com o "Direito legal" ou

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 344.

⁴⁶⁹ *História...*, p. 546.

⁴⁷⁰ WIEACKER. *El principio general...*, p. 32.

⁴⁷¹ COUTO E SILVA. *O princípio da boa-fé no direito...*, p. 36.

⁴⁷² WIEACKER. *História ...*, p. 546.

legislado.⁴⁷³

Não se pense, entretanto, que este caráter evidenciado, destituiria a cláusula geral de boa-fé de polêmicas. Nesta perspectiva, é possível delinear uma contraposição de pensamentos: se por um lado a cláusula geral de boa-fé confere liberdade de atuação ao julgador, perfazendo-se em uma atividade valorativa; por outro, há uma indefinição de seu conteúdo, tornando-o sujeito à limites extremamente tênues, capazes de comprometer a segurança jurídica.

Esta argumentação traduz-se no fato de que "a boa-fé não tem conteúdo até o momento em que seu conteúdo é invocado."⁴⁷⁴ Isto revela a necessidade de se obter um critério capaz de delimitar o conteúdo do princípio da boa-fé. E, em conformidade com Teresa NEGREIROS, semelhante critério encontra-se na finalidade que norteia a relação jurídica concreta.⁴⁷⁵ Isto ocorre, justamente, porque a atividade criadora do juiz não é arbitrária, mas dotada de limites, os quais poderão ser encontrados, segundo o que adverte o Ministro Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, na "realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema."⁴⁷⁶ Por isso, apresenta-se a necessidade de seu reenvio a outros critérios, que estão presentes no sistema jurídico, de modo a compor uma técnica própria para as cláusulas gerais.

É neste momento que a boa-fé aparece, não contraposta à função social do contrato, mas a esta vinculada, ao se indagar por um critério que revele o abuso enquanto "exercício inadmissível de posições jurídicas". Eis que, segundo Fernando NORONHA,⁴⁷⁷ o abuso do direito fundamentado na boa-fé, revelar-se-á quando exista "manifesta desproporção entre o interesse prosseguido pela parte e aquele da contraparte que é lesado...". Trata-se do parâmetro mais adequado, como advoga o referido autor, em que não se pode tutelar a pretensão de um contratante,

⁴⁷³ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 17.

⁴⁷⁴ NEGREIROS, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 233.

⁴⁷⁶ **A boa-fé na relação...**, p. 25.

⁴⁷⁷ *Op. cit.*, p. 174.

quando esta representa um sacrifício desproporcional aos interesses do outro. Neste momento, o princípio da boa-fé revela sua vinculação à função social do contrato: os direitos reconhecidos a cada parte não visam apenas a satisfação dos próprios interesses, mas ainda, dos interesses sociais.⁴⁷⁸

A boa-fé aparece, então, como um conceito ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço de sua finalidade econômico-social.⁴⁷⁹ No momento em que não se cumpre com sua função social, em "manifesta desproporção" de interesses, revela-se o ato abusivo e, conseqüentemente, a necessidade de intervenção judicial. A concretização desta atividade com vistas a estabelecer a justiça contratual, transparece em um grupo de casos típicos, evidenciados pela jurisprudência alemã, a partir do parágrafo 242 do BGB. Neles, resulta a função da boa-fé, enquanto limite ao exercício não apenas de direitos subjetivos, mas também de situações a estes irredutíveis, nas relações negociais. Tal como evidenciados por LARENZ,⁴⁸⁰ eles encontram-se revestidos sob as seguintes formas:

a) *exceptio doli generalis*

Fundamentado em bases romanas, o instituto é definido por MENEZES CORDEIRO, como "o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo".⁴⁸¹

Em Roma, tratava-se de um meio de defesa do réu que permitia-lhe paralisar a *actio* que fosse exercida dolosamente,⁴⁸² o que se verificava quando alguém pleiteasse algo, que seria obrigado a devolver já que, ao seu direito estava contraposta uma obrigação, tal como se houvesse uma compensação ou

⁴⁷⁸ Neste sentido, NORONHA, *op. cit.*, p. 174.

⁴⁷⁹ AGUIAR JÚNIOR, *A boa-fé na relação* ..., p. 22.

⁴⁸⁰ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé*..., p. 300.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 720.

⁴⁸² MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O princípio geral da boa-fé*..., p. 39. O autor cita o caso em que esta exceção era utilizada para proteger a pessoa que comprasse a *res Mancipi*, recebida do vendedor mediante tradição. Como esta não transferia o domínio ao comprador, o vendedor continuava seu proprietário, podendo reivindicar o bem. Esta reivindicação poderia ser paralisada pela *exceptio*.

confusão.⁴⁸³

Nesta medida, revelava-se o "exercício inadmissível de um direito", por existência de dolo. Esta prática foi transportada para a jurisprudência alemã, ganhando fundamento na boa-fé, sempre que o exercício do direito se apresentasse contrário a esta última.⁴⁸⁴ Assim, seu legítimo fundamento emerge naquele princípio, enquanto limite ao exercício dos direitos. Esta transição da *exceptio* do direito romano para o direito moderno, tal como exposta por Francisco José Ferreira MUNIZ, revela como o instituto abandonou o plano processual para passar a ocupar o plano material, onde se revela como regra de direito subjetivo, podendo ser examinada de ofício pelo juiz;⁴⁸⁵

b) *venire contra factum proprium*

Define-se como "o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente".⁴⁸⁶ Pressupõe a existência de dois comportamentos lícitos desempenhados pelo titular de um direito, que se estendem no tempo, mas em que o segundo comportamento apresenta-se em contradição com o primeiro. Segundo MENEZES CORDEIRO, ela pode se revelar em duas linhas de situações: a pessoa que manifesta a intenção pode não praticar certo ato, mas sem a isto se vincular e depois o pratica; quando uma pessoa do mesmo modo, sem se vincular, manifesta a intenção de não realizar certa atuação e depois se nega a fazê-lo.⁴⁸⁷

A segunda conduta por se revelar em contradição com a primeira, denominada de *factum proprium*, apresenta-se como um inadmissível exercício de

⁴⁸³ NORONHA, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁸⁴ "a **exceptio doli generalis** fundava-se originalmente na idéia de que o autor procedia contra a boa-fé ao deduzir a sua ação. Portanto, toda exceção convertia-se em **exceptio doli** quando, com o conhecimento da exceção, o autor apresentava o seu pedido. Mas, mais tarde, prescindiu-se desta intenção do autor, outorgando-se a **exceptio doli** sempre que o exercício da pretensão, formalmente existente, fosse contrária ao sentimento jurídico ou à boa-fé. Desse modo passou para o direito comum, aplicando-se às instituições do direito moderno" (ENNECERUS *apud* MUNIZ. **O princípio geral da boa-fé ...**, p. 39).

⁴⁸⁵ MUNIZ. **O princípio geral da boa-fé ...**, p. 40.

⁴⁸⁶ MENEZES CORDEIRO. **Da boa fé...**, p. 742.

⁴⁸⁷ *Op. cit.*, p. 742.

um direito, sempre que infringe a boa-fé, pois age de tal modo, quem faz "valer um direito em contradição com sua conduta anterior, na qual a outra parte confia".⁴⁸⁸ Portanto, a proibição do *venire contra factum proprium* encontra seu fundamento no princípio da boa-fé objetiva ou mais especificamente, em um elemento que a esta compõe: a proteção da confiança gerada na contraparte.

É a confiança que também funciona como critério para proibir o *venire contra factum proprium*,⁴⁸⁹ e de tal modo, que se deve proceder à análise sobre se o primeiro comportamento é capaz de gerar na contraparte, a confiança. Então, a segunda conduta, que violar a primeira, mostra-se como inadmissível ou abusiva. Esta última será passível de valoração que permeia entre o lícito e o ilícito e de forma tal, que dos danos por esta engendrados, advém uma "responsabilidade pela confiança", isto é, resultante de uma "autovinculação" do autor do *factum proprium*.⁴⁹⁰

Por se encontrar na proibição do *venire contra factum proprium*, a aplicação do princípio da "confiança no tráfico jurídico", consubstanciado no parágrafo 242 do BGB, não é exigível a culpa ou má-fé do titular da posição jurídica. Em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, que lhe ora serve de fundamento, basta a atuação do autor do *factum proprium* em violação aos padrões de lealdade e desrespeito à confiança legítima da outra parte, imputando-se ao titular, ainda que somente a título objetivo.⁴⁹¹

Trata-se, portanto, de uma concepção mais ampla de abuso do direito ou a esta altura, como se queira, de "exercício inadmissível de posições jurídicas", que

⁴⁸⁸ MUNIZ. O princípio geral da boa-fé..., p. 41.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁹¹ NORONHA, *op. cit.*, p. 185. Neste sentido ainda aduz Franz WIEACKER: "El principio venire contra factum proprium está profundamente arraigado en la justicia personal, a cuyo elemento más íntimo pertenece la veracidad.

Sin embargo, este principio no es idéntico con el deber ético de veracidad. El venire contra factum proprium es dolus praesens. No presupone necesariamente el que, de mala fe o con negligencia culpable, se cree una expectativa en la otra parte. La exigencia de confianza no es obligación de veracidad subjetiva, sino - como en la moderna teoría de la validez de la declaración de voluntad - el no separarse del valor de significación que a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte." (El principio general..., p. 61)

apresenta-se como tal, por estar fundamentado na boa-fé objetiva. Deste modo, restam relegados ao passado os critérios subjetivistas de abuso, esboçados por uma civilística que ainda consagrava o princípio da autonomia da vontade como dogma a reger o sistema jurídico;

c) *verwirkung* (caducidade)

Embora a terminologia encontrada nos tribunais alemães seja a *verwirkung*, que tem o significado de caducidade, MENEZES CORDEIRO adota a expressão *supressio*, de origem latina, de modo a conceituá-la como: "a situação do direito que, não tendo sido em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé".⁴⁹²

Comporta três requisitos elencados pela doutrina, na acepção de Díez-PICAZO:⁴⁹³

- "omissão do exercício do direito";
- "transcurso de um período de tempo";
- "objetiva deslealdade e intolerabilidade do posterior exercício atrasado".

O primeiro requisito consubstancia-se na omissão do exercício de uma pretensão ou de um direito potestativo, o que ensejaria prescrição ou decadência. Há que se caracterizar a "inatividade" do titular do direito, em um primeiro momento.

Requer-se, em segundo lugar, que se tenha verificado o transcurso de certo lapso de tempo, durante o qual há de ter perdurado referida "inatividade", ou seja, há que se verificar a demora no exercício do direito.

Mas o requisito derradeiro a caracterizar o instituto em questão, apresenta-se na objetiva deslealdade e intolerabilidade de um posterior exercício da pretensão ou direito potestativo. Para que tais elementos se verifiquem, aduz MENEZES CORDEIRO, quanto à existência de indícios objetivos que o direito não seria mais exercido.⁴⁹⁴ Caso contrário verificar-se-ia o abuso do direito ou o "exercício inadmissível de posições jurídicas", por contrariar o princípio da boa-fé. Portanto, o

⁴⁹² Da boa fé..., p. 797.

⁴⁹³ Apud NORONHA., *op. cit.*, p. 185.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 185.

fundamento do *verwirkung* não está no decurso do prazo legal, tal como exigível à prescrição ou à decadência, tampouco na omissão do titular do direito. Mas na confiança gerada na outra parte pela inatividade de seu exercício, durante certo lapso de tempo.⁴⁹⁵

A esta altura, já é possível proceder a uma distinção entre a *suppressio* e os institutos da prescrição e da decadência,⁴⁹⁶ uma vez que com estas a primeira não se confunde. Eis que enquanto à prescrição e à decadência basta o decurso de certo lapso de tempo, ou a inatividade do titular, na *suppressio*, tais elementos não se revelam como suficientes, pois é necessário um comportamento em contradição com a confiança gerada na contraparte de que ele não ocorreria. É justamente nesta contradição que reside a deslealdade ou desconformidade com o princípio da boa-fé objetiva.⁴⁹⁷ Por isso, a *suppressio* constitui-se na acepção por alguns engendrada, "uma espécie de prescrição de fato",⁴⁹⁸ não por confundir-se com os institutos da prescrição e da decadência, mas por operar uma "eficácia negativa", tal como sugerido por Francisco José Ferreira MUNIZ.⁴⁹⁹

De semelhante modo, erige-se ao lado da *suppressio*, a *surrectio*, apontada por MENEZES CORDEIRO, como instituto que faz surgir um direito que não existe juridicamente, mas que existe na efetividade social.⁵⁰⁰ Se a *suppressio* faz precluir

⁴⁹⁵ LARENZ. *Derecho civil ...*, p. 302.

⁴⁹⁶ NORONHA, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁹⁷ Adverte Fernando NORONHA (*Op. cit.*, p. 186), para o perigo de não se confundir meras tolerâncias por exemplo, do credor em consentir receber com atrasado o que lhe é devido com o protraimento desleal (*suppressio*). Pois, ao fazê-lo, estar-se-ia, sim, violando o princípio da boa-fé.

⁴⁹⁸ "La dottrina della *Verwirkung* costituisce indubbiamente uno degli sviluppi più rilevanti, che i tribunali tedeschi hanno compiuto sulla base di una libera applicazione del canone generale di buona fede, di cui al § 242 BGB. In effetti, ammettere che un creditore possa essere dichiarato precluso per ragioni di equità dal far valere il proprio diritto, prima del decorso del termine legale di prescrizione, significa applicargli in realtà una specie di prescrizione di fatto. In tal maniera la giurisprudenza germanica testimonia la propria disponibilità a liberarsi dal legalismo caratteristico dell'esperienza della codificazione e dalla metodologia concettuale del passato, e la propria apertura per soluzioni equitative ed antiformalistiche." (RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e verwirkung*. Padova : CEDAM, 1971. p. 2-3)

⁴⁹⁹ MUNIZ, *O princípio geral da boa-fé...*, p. 46.

⁵⁰⁰ *Da boa fé...*, p. 814.

um direito pela inatividade no seu exercício, durante certo lapso de tempo, ao contrário, a *surrectio* faz surgir um novo direito que não existia juridicamente. Mas que em face de um certo lapso de tempo, durante o qual uma situação jurídica semelhante ao direito subjetivo se praticou, surge com uma conjunção objetiva de fatores para sua constituição;

d) "Inalegabilidade de nulidades formais"

Com vistas a combater o formalismo, os tribunais desenvolveram uma jurisprudência *contra legem*, acolhendo a inalegabilidade de nulidades formais, sempre que o acolhimento destas se revelasse como contrário ao princípio da boa-fé. Neste sentido, aduz MENEZES CORDEIRO, que "o exercício de um direito que implique a alegação de nulidade formal pode ser abusivo por contrariar a boa-fé".⁵⁰¹

O abuso no exercício de tais posições jurídicas pode se verificar em duas situações esboçadas por Fernando NORONHA:⁵⁰²

- a hipótese de cláusulas nulas, que vêm sendo cumpridas normalmente, mas inesperadamente são questionadas por uma das partes;
- a hipótese de quem permitiu o cumprimento do negócio nulo por falta de forma e, depois, inesperadamente, vem a alegar tal nulidade, impugnando a validade do contrato.

No primeiro grupo de situações, o abuso do direito recai no *venire contra factum proprium*, modalidade já analisada em páginas anteriores. No segundo grupo de hipóteses, discute-se a necessidade de que tais nulidades do negócio refiram-se à formalidade probatória ou constitutiva do negócio jurídico.

À princípio, o ato abusivo em violação ao princípio da boa-fé somente poderia se configurar nos casos em que se tratassem de formalidade probatória do ato jurídico, mas Fernando NORONHA questiona esta proposição.⁵⁰³ Ao se distinguir entre as formalidades constitutivas, aquelas que são da substância do ato, existiriam ainda aquelas impostas por lei, e outras impostas pelas partes, mediante

⁵⁰¹ *Ibidem.*, p. 795.

⁵⁰² *Op. cit.*, p. 188.

⁵⁰³ NORONHA, *op. cit.*, p. 188.

cláusula contratual. E o parecer deste autor, resulta na proposição de que só quando a formalidade constitutiva fosse convencionada pelas partes como necessária à substância do ato, é que seria possível a inelegabilidade de nulidade formal. Já em sendo tal formalidade constitutiva exigida por lei, em um primeiro momento, tal nulidade haveria de prevalecer. Mas esta última proposição, no caso de formalidades constitutivas exigidas por lei, seria questionável aos olhos daquele mesmo autor. Eis o seu argumento, segundo o qual as formalidades, mesmo as solenes, impostas por lei, visam levar as partes a refletir sobre o vínculo contratual que estão assumindo;⁵⁰⁴

e) *tu quoque*

Esta modalidade de "exercício inadmissível de posições jurídicas" encontra-se definida por MENEZES CORDEIRO, como sendo a "regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído".⁵⁰⁵

Recusa-se ao contratante, que já de alguma forma violou o contrato, o direito pleitear indenizações ou rescisão pelo não cumprimento ou violações que lhe sejam posteriores. Eis que esta parte não agiu com lealdade, encontrando-se assim, uma concepção alargada de *venire contra factum proprium*.⁵⁰⁶

Atesta Fernando NORONHA, que esta modalidade de exercício inadmissível de direitos ocorre em duas situações:⁵⁰⁷

- aquisição desleal de direitos, em que um contratante adquire direitos contra o outro de forma desleal;⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 189.

⁵⁰⁵ *Da boa fé...*, p. 837.

⁵⁰⁶ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 843.

⁵⁰⁷ *Op. cit.*, p. 189-190.

⁵⁰⁸ Tal fato é exemplificado com o artigo 120 do CCB ("Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer. Considera-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele, a quem aproveita o seu implemento."), em que se impede a realização de uma condição suspensiva ou resolutiva, para que delas não se produzam efeitos, ou que se force sua realização para que se aproveitem tais efeitos (NORONHA, *op. cit.*, p. 189).

- criação de mera aparência de direitos, em que um contratante cria de forma desleal a aparência de existência de direitos da contraparte contra ele.⁵⁰⁹

A deslealdade subjacente em tais situações demonstra a violação do princípio da boa-fé. Entretanto, aponta Fernando Noronha, outro princípio que embora não cogitado em outros casos de exercício inadmissível, agora mostra-se evidente: o princípio da justiça contratual. Nos casos abrangidos pelo *tu quoque* coloca-se em questão, o equilíbrio contratual, restando rompido o sinalagma entre as partes, estabelecido pela boa-fé. Por isso, aduz MENEZES CORDEIRO, que o *tu quoque* contratual não faz apelo imediato à boa-fé para seu fundamento, já que esta é quem impõe os deveres das partes,⁵¹⁰ para só então se indagar do equilíbrio contratual;

f) "desequilíbrio no exercício jurídico"

Hipótese ainda apontada por MENEZES CORDEIRO,⁵¹¹ encontra-se no despropósito entre o exercício do direito e os efeitos que dele derivam, gerando um desequilíbrio. Nesta hipótese, o referido autor engloba três subespécies de desequilíbrio no exercício de direitos:

O "exercício inútil danoso", em que o titular exerce um direito, dentro do âmbito de permissão conferida pela norma jurídica, mas não retira quaisquer benefício pessoal, apenas o faz para causar dano a outrem. Tratam-se, em verdade, dos atos emulativos que já estiveram na base inicial da concepção do abuso do direito e hoje encontram-se em franco regresso, especialmente no que se refere às relações de vizinhança. Não obstante, é possível, ainda que de modo escasso, verificar sua presença em outros direitos, como no campo obrigacional, através de exemplos concedidos pela jurisprudência.⁵¹²

⁵⁰⁹ Tal fato vem exemplificado pelo devedor que não dá ao fiador, conhecimento de exceções pessoais ou extintivas da obrigação. E quando este último, cumpre com a obrigação, sub-rogando-se nos direitos do credor, é demandado por aquelas exceções. (NORONHA, *op. cit.*, p. 190)

⁵¹⁰ Neste aspecto, compreende-se mais uma das funções que desempenha a boa-fé objetiva. Trata-se da criação de deveres de conduta acessórios presentes na obrigação, enquanto processo.

⁵¹¹ Da boa fé..., p. 853.

⁵¹² Neste sentido, cita MENEZES CORDEIRO, a decisão do LG Kassel de 25 de maio de 1970,

O *dolo agit que petit quod statem redditurus est*, que consiste na valoração do comportamento de uma pessoa que exige algo, mas que em seguida deverá restituir, tornando-se, portanto, inútil para ela e danoso para a contraparte. Tal hipótese já foi analisada, dentre os casos de *exceptio doli generalis*.

E a derradeira hipótese, que se consubstancia na "desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto ao direito de outrem". Tratam-se de situações como "o desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jussubjetivo sem consideração por situações especiais."⁵¹³

Neste âmbito encontram-se as hipóteses de exercício da exceção de contrato não cumprido ou de sua resolução, por uma falha de pouco relevo, e de modo a causar grande prejuízo para a outra parte. Em semelhantes casos, o exercício dessas prerrogativas pode ser obstado por se constituir como inadmissível, contrariando a boa-fé. No entanto, por vezes, assiste-se sua remissão aos casos de *surrectio* ou de *tu quoque*.

Resta desta modalidade de exercício inadmissível, como mais característico, segundo o que aponta MENEZES CORDEIRO, uma "coloração metodológica", de forma que em comportamentos danosos, ainda que dotados de "legitimidade formal", passam a ser controlados não apenas a nível constitutivo, mas "da compatibilidade dos exercícios com a ordem jurídica no seu todo".⁵¹⁴

Das hipóteses tipicamente esboçadas pela jurisprudência e ora aduzidas pela doutrina, pode-se preliminarmente concluir que:

O delineamento do abuso do direito sob a forma de exercício inadmissível de posições jurídicas, revelado por estas figuras, comporta uma alteração metodológica. Trata-se da superação da técnica legislativa da casuística, afeita aos códigos modernos, a qual se mostrou como um dos principais fatores de rigidez e

a qual entendeu abusiva a exigência feita pelo locador ao locatário de um imóvel, quanto a trabalhos de renovação que se tomaram inúteis pelas circunstâncias. (*Da boa fé...*, p. 855)

⁵¹³ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 857.

⁵¹⁴ *Da boa fé...*, p. 859-860.

envelhecimento destes estatutos, ao confrontarem-se com a realidade.⁵¹⁵ E, em contrapartida, ora encontra-se a necessidade de conferir "efetividade plena" às cláusulas gerais.⁵¹⁶

No entanto, cumpre-se indagar até que ponto esta nova técnica torna-se necessária, pois em um primeiro momento, ela não estaria mais do que a revelar uma nova tipicidade, ora refletida, sob estas figuras de "exercício inadmissível de posições jurídicas". Portanto, cumpre encontrar respostas para saber se não seria esta técnica legislativa, denominada de uma "concessão do positivismo", uma nova forma de conceitualismo jurídico.

A resposta para estas indagações deve considerar que estas hipóteses de "exercício inadmissível de posições jurídicas", assentam-se na maior incidência ou relevância que se encontra na proibição do *venire contra factum proprium*. Nele há um sentido de contrariedade de comportamentos, que se revela pela prática de uma conduta contrária à outra, anteriormente verificada, e no qual a contraparte confiava. Trata-se de um dado que não passa despercebido nas outras modalidades de exercício inadmissível.

Assim, verifica-se na *exceptio doli* em que alguém pleiteia algo, sabendo que será posteriormente obrigado a devolver; na *supressio*, em que não se exerce um direito ou pretensão, gerando na outra parte, a confiança de que ele não mais se fará; na inalegabilidade de nulidades formais, em que se cumpre ou se permite o cumprimento de cláusulas nulas de um contrato e, inesperadamente, vêm a se questioná-las; no *tu quoque*, em que a parte que violou o contrato pleiteia indenizações ou a rescisão da avença nas violações posteriores, rompendo o equilíbrio que deve imperar no contrato. Com efeito, pode-se dizer que a classificação dessa hipóteses não é absoluta, pois por vezes, em muitas delas

⁵¹⁵ MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 298.

⁵¹⁶ "Nos dias de hoje, a necessidade de se dar efetividade plena às cláusulas gerais faz-se tanto mais urgente na medida em que se afigura praticamente impossível ao direito regular o conjunto de situações negociais que floresce na vida contemporânea, cujos avanços tecnológicos surpreendem até mesmo o legislador mais frenético e obcecado pela atualidade." (TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 206)

integram-se simultaneamente, mais de um tipo.⁵¹⁷

Portanto, pode se dizer que, em tais casos, o abuso do direito define-se pela contrariedade, em desrespeito à boa-fé, e mais especificamente, à confiança e justiça contratuais. E essa "tipificação de comportamentos", tal como exposto nas presentes páginas, revelam a opção por um sistema aberto, "...capaz de trabalhar com princípios incompletos ou em contradição, de se debruçar sobre questões não pressupostas e de rever, com humildade científica e académica, as próprias soluções que preconiza."⁵¹⁸

Nesta perspectiva, revela-se um princípio, o qual encontra-se presente sob as vestes de uma cláusula geral - parágrafo 242 do BGB - e que, em verdade, independeria desta última, já que decorre de um "direito justo".⁵¹⁹ Há nisto, o significado de um Direito, que passa a ser pensado mais por princípios, em oposição ao "formalismo" esboçado para a civilística clássica, tornando oportunas as palavras de Francisco José Ferreira MUNIZ:

Deve assinalar-se, porém, que a proibição do exercício abusivo do direito, que encontra fundamento no texto do § 242, é um particular aspecto daquele amplo desenvolvimento que as cortes germânicas têm dado ao princípio geral da boa-fé, que, hoje, se tornou na *praxe tedesca* um formal instrumento e legitimação de uma série de soluções eqüitativas a antiformalísticas, o que demonstra que os princípios gerais de direito são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva, por conter virtualmente um grande número de soluções que a prática exige. [grifo nosso]⁵²⁰

⁵¹⁷ MENEZES CORDEIRO. *Teoria geral* ..., p. 383.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 375-376. Acrescenta o referido autor, que poderá se dizer que o abuso do direito integra "o exercício de posições permitidas em termos tais que são contrariados os valores fundamentais do sistema, expressos, por tradição, pela boa-fé." (*Ibidem*, p. 376)

⁵¹⁹ CASTANHEIRA NEVES. *Questão*..., p. 529.

⁵²⁰ MUNIZ. *O princípio geral da boa-fé*..., p. 44.

4 A PRESENÇA DO ABUSO DO DIREITO E A LIBERDADE CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 O ABUSO DO DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1.1 A localização da Teoria do Abuso do Direito no Código Civil Brasileiro

Após delinear a expansão da teoria do abuso do direito no domínio contratual, mister se faz partir em busca de sua consagração em nosso sistema jurídico. Para isto, se faz presente uma indagação que se esboça em meio ao nosso Direito codificado, em consonância com as transformações que a ele se delinearam até alcançar as variações da jurisprudência em torno do tema.

Ao delimitar o momento histórico de nosso Código Civil podemos encontrá-lo como um estatuto elaborado em meio do século XIX, para ser posto em vigor no século XX. Trata-se do produto de uma época, que contou com uma "formação eclética", sob a influência do Direito francês e da técnica do Código alemão.¹ Assim, encontramos em nosso estatuto da vida privada, as marcas do individualismo e do liberalismo que se fizeram presentes entre estes últimos, de modo a delinear um código típico "para o burguês, a sua família e o seu patrimônio. [...] A epopéia burguesa do direito privado."² Nesta perspectiva, a disciplina jurídica encontrada entre nós a partir de 1917, traduziu com perfeição, o espírito de sua época, ao ignorar "o homem concreto, o homem de carne, sujeito a debilidades, presa de necessidades, esmagado por forças econômicas."³

¹ O Código Civil Brasileiro foi projetado por Clóvis BEVILÁQUA em 1889, aprovado em janeiro de 1916 e posto em vigor em 1º de janeiro do ano seguinte, e por isso, aduz Francisco AMARAL "Esse Código é produto de sua época, com formulação eclética e influência do direito francês e da técnica do Código alemão. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, representa o sistema normativo de um capitalismo colonial no campo das relações civis." (*Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, s. 1, a. 126, n. 1-2, 1994. p. 73)

² CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil*. 2. ed. atual. Coimbra : Centelha, 1981, v. 1. p. 35.

³ *Para uma teoria...*, p. 34. Neste sentido, aduz Luiz Edson FACHIN: "...o Código posto em

Em nossa codificação há um espírito oitocentista, ao se delinear um sistema dotado de pretensão de "completude ou plenitude legislativa".⁴ Mas neste aspecto, ela apresenta a originalidade de ter se mantido imune à influência do Código Napoleônico,⁵ cabendo investigar a razão desta imunidade.

A codificação só alcançou lugar entre nós, no início desse século, o que significa dizer que houve uma recepção tardia das idéias individualistas, o que está estritamente relacionado com o panorama que se prestou de cenário ao nosso Direito codificado

O Direito brasileiro, anterior ao Código Civil, carregava consigo a "presença da Idade Média em tempos modernos",⁶ fato este que se traduz na presença das Ordenações trazidas de Portugal que, mesmo após uma suposta independência, ainda continuavam a vigorar entre nós.⁷ Assim, em pleno século XX, perpetuava-se um Direito sob o estilo bizantino, em uma época em que Portugal já se deixara influenciar pelas idéias do liberalismo e individualismo francês.

Semelhante fato encontra significado na estrutura social e econômica do país, cujo modo de produção ainda se assentava sobre o trabalho escravo, não se interessando portanto, pela igualdade e liberdade proclamadas revolucionariamente sob as vestes daqueles códigos. Isto revela uma estreita vinculação entre a codificação tardia e o modo de produção econômica que se verificou entre nós e de

vigor em 1917 foi perfeito anfitrião ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente especulou-se sobre os que têm e julgou-se o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, numa relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica." (Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba, a. 27, n. 27, 1992-1993. p. 53)

⁴ MARTINS-COSTA. **A boa-fé no direito privado** : sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. p. 259.

⁵ Clóvis do COUTO E SILVA indaga o porquê da imunidade presente em nossa codificação, uma vez que em outros países de tradição jurídica, como a Itália, Portugal ou em até certas regiões da Alemanha, antes da unificação não puderam evitar. (O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob [org.]. **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 11-13)

⁶ Braga da Cruz *apud* GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Bahia : Universidade da Bahia, 1958. p. 9.

⁷ A Constituição de 1824 em seu artigo 179, XVIII já determinara a elaboração de um Código Civil sob as bases da justiça e da equidade. (GOMES. **Raízes históricas** ..., p. 13)

tal modo, que Orlando GOMES sintetizou o Código Civil de 1916 como "obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção." ⁸

Esta ordem de idéias também relaciona a imunidade do nosso código às influências da codificação francesa, no que se refere ao método da Exegese. Ocorre que a transposição de um Direito vigente em Portugal para o nosso país, como eram as Ordenações, conferiu ao nosso Direito uma "origem legislativa", o que levou Clóvis do COUTO E SILVA a destacar o "centralismo jurídico" presente em nossa formação jurídica, traduzindo-se no hábito de pensar o ordenamento jurídico como um "ato de autoridade".⁹ Segundo este mesmo autor, o "centralismo jurídico" levou à idéia de código, justamente em seu sentido "tradicional e positivista", isto é, "como algo que incorpore em seu universo a totalidade normativa de um país".¹⁰ As conseqüências deste "centralismo jurídico" evidenciam-se sob três perspectivas: o mito da completude; a função de unidade nacional em um país de grandes dimensões territoriais e diversidades regionais; a receptividade do método Exegético francês, que busca o alcance da lei na vontade do legislador.¹¹

O Código de 1916 recepcionou esse "centralismo jurídico", refletindo todas as conseqüências acima aduzidas, através da construção de um "sistema fechado e onicompreensivo".¹² É possível então notar, como através de um fundamento diverso, nossa codificação alcançou os mesmo resultados evidenciados pelos códigos oitocentistas, de tal forma que "muitos séculos antes de nossa codificação civil, o centralismo já havia preparado o terreno à aceitação do mito ou pretensão da

⁸ **Raízes históricas** ..., p. 47.

⁹ MARTINS-COSTA. **A boa-fé**..., p. 240.

¹⁰ **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica** ..., p.19-20.

¹¹ MARTINS-COSTA. **A boa-fé** ..., p. 240.

¹² *Ibidem*, p. 265.

plenitude, introduzido em França e na Alemanha somente no século XIX".¹³

A esta altura já é possível traçar uma comparação entre o processo de codificação delineado na Europa e aquele que se passou entre nós. No primeiro, o Direito pré-codificado apresentou-se como de origem consuetudinária, o que permitiu-lhe contornos democráticos para o Direito e para o poder político, enquanto fundamentados no próprio povo. Em nosso país, este caráter foi descartado por um Direito de "procedência estatal", proporcionado pelo "centralismo jurídico", o que se traduziu em um legalismo constante, ainda presente em nossos dias.¹⁴

Deste modo, é por tais razões que se encontra presente em nosso código, os métodos positivistas de interpretação, onde ganhou espaço método Exegético, pelo qual buscava-se na vontade do legislador o sentido da norma.

Assim, está presente a utilização de silogismos, o que não deixa espaço para a criação jurisprudencial do Direito, capaz de adaptar o código imutável a uma realidade flexível, pois o que deve prevalecer é o "mundo da segurança" jurídica, isto é, o código.¹⁵ Deste modo, também destaca-se o papel do jurista enquanto técnico, desviando-se sua atenção dos valores para os quais ele possa merecer.

¹³ *Ibidem*, p. 240.

¹⁴ *Ibidem*, p.239. Na Alemanha, esta origem é mais evidente, já em França, os tribunais aplicaram os costumes, mas eram influenciados pelos estudos das Universidades, cujo objeto não eram aqueles, e sim o direito romano. Deste modo, o código de 1804 unificou e reformou os costumes e aplicou o "sistema racional" elaborado pelas Universidades a partir do direito romano. (DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p.1-2) Também na Alemanha, SAVINY ressaltava a importância do "direito medieval". (HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Portugal: Europa-América, 1997. p.183)

Entretanto, este Direito advindo do novo teve sua importância tecida pela forte influência da Escola Histórica, a qual se mostrou diminuta em França. O "centralismo jurídico" não permitiu entre nós, a fundamentação do Direito e do poder político no próprio povo, como propiciou a denominada "*ascending conception of government and law*" de Walter WELMANN. Mas um "*ascending conception of government and law*" segundo a qual o povo não participa da fundamentação do Direito e do Estado, eis que o poder político promana do próprio soberano. (COUTO E SILVA. **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica...**, p.14-15) Portanto, a unidade nacional propiciada pela nossa codificação encontrou fundamento no "centralismo jurídico." (*Ibidem*, p. 20) Este desempenhou o papel atribuído à "*ascending conception of government and law*", que propiciou as teses constitucionalistas de fundamentação do poder político. Tais teses trazem consigo, entre outros, o princípio de separação de poderes, o qual somente ingressa em nossa ordem jurídica, com a Constituição da República de 1891. (COUTO E SILVA. **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica ...** p. 20) Some-se a isto, o fato de que Direito Civil e Direito Constitucional encontravam-se separados pela idéia de público e privado.

¹⁵ MARTINS-COSTA. **A boa-fé...**, p. 268.

Ao mesmo tempo em que o "centralismo jurídico" nos distanciou das influências da codificação francesa, nos aproximou da alemã. Os juristas brasileiros como Teixeira de Freitas e Tobias Barreto da Escola do Recife, que prepararam terreno ao processo de codificação entre nós, embebiavam-se das idéias da Pandectística alemã, especialmente no que diz respeito à construção sistemática de SAVINY.¹⁶ Nesta perspectiva, nosso código apresentou-se dividido em uma parte geral, a qual abstrai conceitos comuns à parte especial que lhe segue.

Não obstante as peculiaridades até agora esboçadas, nosso código, assim como se passou com os grandes modelos de codificação, não resistiu incólume às transformações econômicas e sociais, logo engendradas em nosso país,¹⁷ sugerindo-nos, então, construções teóricas como a do abuso do direito. Com efeito, após delineado brevemente o perfil de nosso código, cabe indagar por sua receptividade em algum preceito que o consagre ou o repudie. A princípio, não há qualquer regra expressa a seu respeito, e as razões que explicam essa realidade, estão afetas a um sistema privado que nos foi esboçado sob as vestes do individualismo e liberalismo, os quais pretendiam conferir um caráter absoluto aos direitos subjetivos.¹⁸

Na falta de disposição expressa, a doutrina em sua maioria, voltou a atenção para o artigo 160, I do Código, reconhecendo neste, a consagração da referida teoria, entre as causas de exclusão da ilicitude, ao dispor: "Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido".

A interpretação da teoria do abuso do direito neste dispositivo, esboçou-se

¹⁶ MARTINS-COSTA. *A boa-fé* ..., p. 262.

¹⁷ A este respeito afirmou Orlando GOMES, que "O Código Civil terá sido um passo avançado na evolução da sociedade brasileira, cujo desenvolvimento vertiginoso, depois da primeira guerra mundial, permitiu logo o alcançasse." (*Raízes históricas*..., p. 72)

¹⁸ A este respeito, afirmou ANTUNES VARELA: "E o fato não pode surpreender, atendendo a que, à data da elaboração do projeto de Código, mal se balbuciavam ainda na jurisprudência francesa as primeiras letras da nova doutrina e sabendo-se, além disso, que as limitações gerais ao caráter absolutista dos direitos subjetivos repugnavam ao pensamento liberal da época, bem como às correntes positivistas que então dominavam a literatura jurídica brasileira." (*O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*. Rio de Janeiro, v. 1, 1982. p. 42)

a *contrario sensu*, pois se o exercício regular de um direito não constitui ato ilícito, isto significa que o "exercício irregular" assim se caracteriza, e como tal deveria ser compreendido o ato abusivo. Nesta perspectiva, levantam-se vozes ao afirmar que o Código Civil Brasileiro refere-se ao abuso do direito, na acepção de Alvino LIMA,¹⁹ de modo "indireto e singular" ou que "a *contrario sensu* se aninhou tímida e obscuramente, a fórmula repressora", como aduz Pedro Baptista MARTINS.²⁰ Ainda em atenção aos parâmetros em que foi concebida, opina diversamente, Haroldo VALLADÃO, ao considerar "forçada" esta interpretação dada ao artigo 160, I pela doutrina, como sendo a proibição do abuso do direito.²¹

Em atenção a essa interpretação pontuada pelos juristas brasileiros, desenvolve-se a teoria do abuso do direito, nos moldes do que já se passara em sede comparada, aliando-se em sua concepção:

- a) o exercício irregular de um direito;
- b) um ato ilícito.

Ao se dizer que o ato abusivo consiste no exercício irregular de um direito, resta saber se este "uso irregular" abrange apenas a intenção de prejudicar e a falta de um motivo legítimo ou se também abrange o exercício que dele se faz, contrário à destinação econômica e social do direito.²² Trata-se de indagar se houve a recepção por uma concepção restrita de abuso do direito, consignada pelas teorias subjetivas, ou se nele há uma concepção mais ampla, revelada nas teorias objetivas.

Ao traçar um perfil da doutrina, a esse respeito, o exercício irregular de um direito está presente quando exista a intenção de prejudicar. Mas o abuso do direito

¹⁹ LIMA, Alvino. Abuso do direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 166, a. 53, jul./ago. 1956. p. 47.

²⁰ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3ª ed. hist. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 92.

²¹ Haroldo VALLADÃO aduz que "...o exercício não regular do direito visa a algum defeito legal do mesmo exercício e não o seu exercício ou a falta do seu exercício, de modo egoísta, excessivo ou anti-social, na humanista doutrina do abuso do direito que foi caracterizada no art. 11 do Anteprojeto." (*A condenação do abuso do direito*. São Paulo, a. 58, v. 400, fev. 1969. p. 13)

²² LIMA, *op. cit.*, p. 48.

não se restringe aos casos de dolo, ampliando-se para a culpa.²³ Trata-se da consagração da teoria subjetiva à qual filiam autores como Plínio BARRETO,²⁴ Serpa LOPES²⁵ e Everardo Cunha LUNA.²⁶

Contrariamente a este entendimento, colocam-se aqueles que como Clóvis BEVILÁQUA, concebem no preceito em questão, o acolhimento da teoria objetiva. Trata-se da tese propugnada por Saleilles, segundo a qual é abusivo o exercício do direito quando contrário ao seu destino econômico e social.²⁷ No mesmo sentido, reconhecendo uma concepção de abusividade mais ampla no Código Civil Brasileiro, também se encontram: Pedro Baptista MARTINS,²⁸ Silvio RODRIGUES²⁹

²³ Segundo Everardo Cunha LUNA, a intenção de prejudicar é restrita demais para configurar o abuso do direito, senão, vejamos por suas palavras: "Fundamentar-se o abuso de direito na exclusiva intenção de prejudicar é restringi-lo em demasiada prudência, demasiado apêgo às formas, excessiva concessão às liberdades individuais, em prejuízo dessas mesmas liberdades. [...] Por que não estender-se o abuso de direito a todos os casos de dolo, e, conseqüentemente, de culpa, a qual do dolo não difere senão quantitativamente?" (**Abuso de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 71-72)

²⁴ Segundo este autor, "o abuso do direito para nosso código é o exercício irregular, o exercício anormal do direito, o exercício do direito com excessos, intencionais, ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem." (*Apud* CARVALHO SANTOS. **Código civil brasileiro interpretado**. 14. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos., v. 3, 1984, p. 353. p. 341)

²⁵ Assim encontra-se esse autor, ao destacar o papel da culpa como indispensável para caracterização do abuso do direito, sob os seguintes termos: "De um lado, os que agrupam as várias modalidades de abuso de direito sob a égide da culpa; de outro, os que tendo em vista a tríptica feição do abuso de direito, separam o abuso de direito resultante de um ato ilegal ou de um ato vulnerador do direito de outrem, daquele que foi praticável ou com o desvio da própria finalidade do direito. Filiamo-nos ao primeiro grupo: tudo se inclui na noção de culpa." (LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 1. p. 528)

²⁶ Este autor manifesta claramente, sua crítica às teorias objetivas: "A tendência de conceber, objetivamente, o abuso de direito origina-se das doutrinas que querem, a todo o transe, fazer o divórcio entre direito e moral. [...] As teorias objetivas têm origem comum, pois se geram de ideais, princípios, anseios, que não se conformam com a ordem jurídica vigente. *Não são, a rigor, teorias jurídicas verdadeiras, mas extra e metajurídicas, que se vestem de roupagem dogmática.* [grifo nosso]" (*Op. cit.*, p. 75-76)

²⁷ BEVILÁQUA. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. ed. hist. Rio de Janeiro : Rio, 1979. p. 433-434.

²⁸ "A consagração da doutrina do abuso do direito é, portanto, expressa, assentando-se a fórmula numa base puramente objetiva. O destinatário de um direito subjetivo, que o exerce de maneira anormal, desnaturando-lhe os institutos econômicos ou sociais, envolve a sua responsabilidade e sujeita-se à obrigação de reparar as conseqüências de seu ato abusivo." (*Op. cit.*, p. 95)

²⁹ "Acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand,

e Alvino LIMA.³⁰

Em face do desenvolvimento alcançado pela teoria do abuso do direito, há que se destacar que a opção entre critérios subjetivos ou objetivos, encontra-se superada. Na atualidade, os juristas brasileiros inclinam-se pela concepção finalista de Josserand, de modo a englobar ambos os critérios, como é possível encontrar em Fernando NORONHA, ao expor: "Quando falamos na função social do contrato, já mostramos preferência por concepções finalistas. Se o abuso de direito se traduz realmente pela ultrapassagem dos limites do direito subjetivo, não se vê como esses limites possam ser outros que não limites internos do próprio direito."³¹

Com efeito, a opção por critérios subjetivos ou objetivos traz em suas entrelinhas, o modo de se negar a autonomia dogmática para o abuso do direito na doutrina brasileira. Trata-se de concebê-lo como verdadeiro ato ilícito, o que constitui-se na essência da tese esboçada por Everardo Cunha LUNA, ao dizer: "Indiscutivelmente, o abuso de direito é, perante o Cód. Civil, um ato ilícito. O termo *regular*, empregado pelo legislador significa lícito. Óbvio que *irregular* tenha a significação de *ilícito*. Logo, não se entende o exercício *irregular* que não seja doloso, ou culposo. Não existem *ilicitudes* inculpadas; todos os atos ilícitos

segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo espírito da instituição.

Tal idéia, parece-me, é a adotada pelo legislador brasileiro, ao preceituar no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil..." (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, p. 314)

³⁰ Ao se referir ao anteprojeto do código de obrigações, este autor aprova o critério finalista: "No art. 156 temos a consagração do abuso de direito, dentro do critério da finalidade dos direitos.

O interesse protegido pelo direito, cujos limites não podemos transpor, não são os egoísticos interesses do indivíduo, mas aqueles interesses a que se refere JOSSERAND, isto é, os interesses legítimos, que estão de acordo com o espírito, o fim da instituição.

A boa-fé, cujos limites não devemos transpor, quando no exercício de um direito, é a que se refere o legislador suíço, isto é, a boa-fé no sentido objetivo e não no sentido subjetivo, como já tivemos oportunidade de expor.

Os insígnies redatores do Anteprojeto tiveram razão ampliando os fundamentos da responsabilidade; conferiram ao julgador vários critérios para a apreciação dos fatos e proclamação da responsabilidade." (LIMA, *op. cit.*, p. 49)

³¹ **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 170-171.

entroncam na culpabilidade."³² Os argumentos desse autor, revelam como se fez presente entre nós, a incapacidade de se compreender o abuso do direito como figura autônoma, por contrariar à lógica do sistema jurídico, tal como já se passara no direito comparado.³³

Apresenta-se como outra consequência do dispositivo apresentado, a identificação do abuso com o ato ilícito.

Aqueles que se referem ao ato abusivo como ilícito, constantemente voltam-se para a noção de culpa em sua configuração. Trata-se de exercer um direito para causar um prejuízo, conforme haja dolo ou apenas culpa em sentido estrito, de modo a concebê-lo como um delito ou quase delito. Outros, alargam a esfera de ilicitude para nele incluir o abuso do direito. Assim é que para Paulo Dourado de GUSMÃO, ele constitui-se em fato ilícito e, portanto, fonte responsabilidade civil, eis que o fato é ilícito, quando ele se manifesta não apenas fora dos limites expressos, mas também implícitos do Direito.³⁴

Estes autores encontram a crítica de Alvino LIMA, pois o abuso do direito nada mais seria do que uma acepção alargada da responsabilidade civil e, se a doutrina fosse essa, bastaria o Artigo 159³⁵ do Código Civil, igualando-se ao âmbito do ato abusivo expresso pelo Artigo 1382 do Código Civil Francês. Nesta perspectiva, encontramos a teoria do abuso do direito desprovida de autonomia dogmática em nosso código e em nossa doutrina. Com vistas a encerrar o debate,

³² *Op. cit.*, p. 106. Em atenção a tais afirmações, cabe mencionar conforme Roberto GOLDSCHMIDT: "O esclarecimento dos problemas relativos à responsabilidade civil geral, e o abuso do direito, em particular, encontra, nos países latinos, um obstáculo na corrente doutrinária que não estabelece distinção nítida entre a antijuridicidade e a culpabilidade da ação." (A teoria do abuso do direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 97, jan. 1944. p. 23)

³³ "É intuitivo que, se ao ato é praticado no exercício *irregular* de um direito reconhecido, não é ilícito, e, não o sendo, só pode ser *ilícito*, porque não existe, no campo do direito, zona intermediária e incolor, espécie de *limbo* jurídico, em que a licitude e ilicitude perdem sentido e significação." (LUNA, *op. cit.*, p. 68-69)

³⁴ Abuso do direito. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ago. 1948. p. 371.

³⁵ "Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação de culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553"

Pedro Baptista MARTINS, apresenta a proposição de que em face do critério finalista de Josserand encontrado no artigo 160, I, somente poderia se entender como ilícito o ato abusivo, se como tal se entendesse o exercício anormal de um direito.³⁶ Entretanto, é justamente esta a problemática que encontra-se na teoria do Josserand. Embora este negue a ilicitude do abuso do direito formulando para tanto, a teoria dos atos excessivos, há segundo CARVALHO SANTOS, uma equiparação evidente: se o direito está justificado em seu exercício por motivos legítimos, a ausência destes, faz desaparecer o direito e confundi-lo com o ato ilícito.³⁷

Há, portanto, necessidade de esclarecer, que embora o ato abusivo e o ato ilícito possam se assemelhar quanto aos seus efeitos, pois para ambos poderá surgir como sanção a obrigação de indenizar, tratam-se de figuras diversas. Eis que como esclarece Orlando GOMES, no ato ilícito, o agente infringe diretamente a lei, enquanto no ato abusivo, ele viola o princípio geral de que todos os atos devem ser exercidos com limites.³⁸ Do mesmo modo, Assad Amadeo YASSIM esclarece que no ato abusivo, "uso meu direito, exercito-o, ofendendo egoísticamente, sem proveito, com malícia, os direitos alheios", enquanto no ato ilícito "pratico um ato sem qualquer apoio em dispositivo legal e até contra um dever preexistente".³⁹ E sob essa perspectiva, embora o abuso do direito revele-se como antijurídico, ele não se constitui em si mesmo como ato ilícito.⁴⁰

A doutrina não se limita a discutir a admissibilidade da teoria do abuso do direito, em torno do artigo 160, mas, identifica-o em muitos outros dispositivos

³⁶ *Op. cit.*, p. 163.

³⁷ CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, p. 353.

³⁸ *Introdução...*, p. 135.

³⁹ Considerações sobre abuso do direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 538, ago. 1980. p. 24. Silvio de Salvo VENOSA aduz que, se de um lado o abuso do direito não se equipara ao ilícito e nem se coloca no campo da responsabilidade civil, por outro lado, a reparação do dano causado será sempre feita como se tratasse de um ato ilícito, enquanto não houver forma específica de reparação. (*Direito civil: teoria geral - introdução ao direito romano*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 399)

⁴⁰ Neste sentido, NORONHA (*op. cit.*, p. 176). Isto ainda significa, que "o problema central do abuso de direito é o da antijuridicidade e não o da culpabilidade da ação." (GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, p. 24)

espalhados pelo Código Civil e até em outros diplomas legislativos.⁴¹ Eis o artigo 100,⁴² o qual seria uma aplicação específica do Artigo 160, I, obtida *a contrario sensu*: o exercício anormal de um direito caracteriza-se como coação, e conseqüentemente, abusivo; o direito de propriedade esboçado no artigo 526,⁴³ torna-se passível de abuso, sempre que se verifique a falta de interesse, traduzido como "motivo legítimo";⁴⁴ na seara dos direitos de vizinhança, os artigos 584,⁴⁵ 585,⁴⁶ e 587⁴⁷ dispõem sobre a má utilização das águas; e o artigo 5, LICC,⁴⁸ o qual acolhe o critério finalista, para interpretação da regularidade do direito estabelecido no artigo 160, I.⁴⁹

Indaga ANTUNES VARELA, se tais disposições revelam um princípio geral ou são apenas soluções de caráter excepcional, a indicar justamente, a existência de uma regra em sinal oposto.⁵⁰ Nesta perspectiva, opina Paulo Dourado de GUSMÃO, que o artigo 160, I, configura-se como norma geral, em que o ato abusivo

⁴¹ Assim, encontram-se os artigos 16 e 18 do CPC; o artigo 20 do Decreto-lei nº 7661/45 (Lei de Falências), os quais não serão analisados no presente trabalho.

⁴² "Art. 100. Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial."

⁴³ "Art. 526. A propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em todo a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha interesse algum em impedi-los."

⁴⁴ LUNA, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁵ "Art. 584. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar para o uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente."

⁴⁶ "Art. 585. Não é permitido fazer escavações que tirem ao poço ou à fonte de outrem a água necessária. É, porém, permitido fazê-las, se apenas diminuïrem o suprimento do poço ou fonte do vizinho, e não forem mais profundas que as deste, em relação ao nível do lençol d'agua."

⁴⁷ "Art. 587. Todo o proprietário é obrigado a consentir que entre no seu prédio, e dele temporariamente use, mediante prévio aviso, o vizinho, quando seja indispensável a reparação ou limpeza, construção e reconstrução de sua casa. Mas, se daí lhe provier dano, terá direito a ser indenizado."

⁴⁸ "Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

⁴⁹ VENOSA., *op. cit.*, p. 398.

⁵⁰ **O abuso do direito ...**, p. 44.

constitui-se em uma transgressão aos limites que não estão expressamente estabelecidos no Direito. Ainda diz que este dispositivo deixou um critério amplo para que a doutrina e a jurisprudência fixassem seus contornos, dando elasticidade ao preceito, embora não se trate de uma cláusula geral.⁵¹ Pode-se dizer então, que o Código Civil Brasileiro não descartou a hipótese do abuso do direito, pois consagrou-a não apenas em dispositivos esparsos, mas em um preceito de caráter geral, o que pode levar à idéia de que ele se revela como verdadeiro princípio geral.⁵² No entanto, semelhante atitude, encontra tradução em uma concepção restrita de abuso do direito, enquanto mero ato ilícito, revelando um modo de concebê-lo, o qual não passa de uma forma de negá-lo.

E as razões pelas quais isto se fez, podem ser compreendidas se atentarmos para outros sistemas codificados: no Código Civil francês, o abuso do direito ganhou fundamento no Artigo 1382, o qual refere-se à responsabilidade civil; no parágrafo 226 do BGB alemão, acolheu-se a concepção de ato abusivo sob as vestes da teoria subjetivista. As razões pelas quais estes sistemas codificados assim procederam, podem ser emprestadas ao nosso. Eis que assim como estes códigos, o nosso também apresenta-se assentado sob bases individualistas e liberais. E a teoria do abuso direito implicaria em uma limitação ao direito subjetivo, expressão de liberdade conferido pelo princípio da autonomia privada aos sujeitos de direito.

Este modo implícito de negar a teoria do abuso do direito enquanto concepção autônoma, devem-se às conseqüências de um "centralismo jurídico" que atuou em nossa codificação, delineando um método de interpretação exegético. A idéia de que o Direito é um "ato de autoridade", gerou o mito da completude, impedindo o jurista de dar outro fundamento para as soluções apresentadas aos casos concretos, que não fosse a de conceitos encontrados no código. Isto se traduz na solução do abuso do direito como um problema de ilicitude, para o que

⁵¹ GUSMÃO, *op. cit.*, p. 367.

⁵² A este respeito, aduz Roberto GOLDSCHMIDT: "...o problema do abuso de direito não deve ter sua solução dentro das normas sobre a responsabilidade civil, mas sim dentro daquelas outras que exprimem os princípios gerais de direito." (*Op. cit.*, p. 23)

contribui uma interpretação que busca a vontade do legislador, negando-se ao juiz um papel criador, bem como a necessidade imposta por um legalismo, de que a aceitação de novos institutos só deva decorrer de uma nova lei.

Entretanto, tais concepções foram gradativamente modificadas, à medida em que os fatos comprovaram que o Direito não se encerra nos códigos e que a jurisprudência não se reduz à mera Exegese, partindo-se para um novo paradigma metodológico.⁵³ Começa, então, a se delinear um "sistema aberto",⁵⁴ o qual se revela ao longo do desenvolvimento da teoria do abuso do direito, especialmente no domínio contratual. É o que se passa a analisar agora.

4.1.2 O Projeto de Código Civil brasileiro e o Estabelecimento do Ato Abusivo

Os códigos oitocentistas estruturaram-se em torno de duas idéias centrais que se completam: a propriedade e a autonomia da vontade.⁵⁵ Com o Código Civil de 1916 não se passou de modo diverso. Entretanto, não muito tempo depois de ser posto em vigor, intensas modificações que já se processavam, refletiram-se no Direito Civil, atingindo aquelas idéias centrais. Isto passou a revelar uma defasagem deste sistema de normas, chegando a se falar em "agonia do Código Civil"⁵⁶ ou em "decadência da codificação".⁵⁷ O reflexo desta realidade fez com que o sistema "...de unitário que era, passou gradativamente a uma pluralidade fragmentária".⁵⁸

Diante desse contexto, a partir da metade do século XX, restou ao legislador

⁵³ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 270.

⁵⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁵⁵ SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato de legiferare? *Rivista di Diritto Civile*. Padova, ano XXIX, parte prima, p. 117-135, 1983.

⁵⁶ GOMES, Orlando. A agonia do código civil. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 7, jul. 1988, p.1-9.

⁵⁷ GIORGIANNI, Michele. La morte del codice ottocentesco. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, n. 1, 1980, p. 52.

⁵⁸ AMARAL, Francisco. O projeto de Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 16, 1. sem. 1999. p. 27

escolher entre duas alternativas, em conformidade com o que aduz Orlando GOMES:

- a) a "fixação do movimento de especialização em textos orgânicos, que deixem sobreviver o Código Civil, introduzindo o particularismo jurídico";
- b) ou "um novo Código Civil mediante recodificação".⁵⁹

A presente análise, busca tratar da segunda opção, escolhida pelo nosso legislador e que se concretiza atualmente, em um Projeto de Código Civil. Com efeito, resta indagar quais foram as condições que levaram o legislador a optar pela alternativa da recodificação.

Nos países europeus, à época do direito pré-codificado, este achava-se caracterizado por uma "pluralidade de direitos". Às relações aplicavam-se múltiplos Direitos, alguns de cunho universal como o direito romano e o canônico, outros, particulares da terra ou das classes. Assim, cada grupo tinha seu próprio estatuto, sendo que prevalecia o Direito da classe mais forte.⁶⁰

Ocorre, que este contexto jurídico não interessava mais às mudanças sócio-econômicas que já se processavam com o advento da Modernidade. Assim, os códigos oitocentistas trazem em sua base o princípio da igualdade,⁶¹ especialmente no que se refere à legislação, que ora formulada sob preceitos gerais e abstratos pudesse ser aplicada a todos os indivíduos. Mas, sobretudo, pretendia-se a estadualização das fontes do Direito, que já se iniciara com as monarquias absolutistas,⁶² revelando a passagem de um sistema de pluralismo para monismo jurídico.

Nesta perspectiva, privilégios são suprimidos e criam-se as condições para uma economia de mercado.⁶³ Trata-se de uma igualdade jurídica, estritamente vinculada à ascensão de um novo sistema econômico. Assentado sobre essas

⁵⁹ **A agonia** ..., p.4.

⁶⁰ GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1987. p. 36.

⁶¹ *Ibidem*, p.36.

⁶² *Ibidem*, p. 37.

⁶³ *Ibidem*, p. 38.

bases, os códigos passam a ocupar o vértice da hierarquia das fontes do direito Privado,⁶⁴ eis que em suas proposições de caráter geral e abstrato, aplicável a todos os indivíduos, encontrava-se um sentido de perpetuidade,⁶⁵ cujas soluções estabelecidas por suas regras eram deixadas de uma década ou até de um século para outro.

Não obstante, resultariam novas "desigualdades, não mais jurídicas, mas econômicas, não mais formais, mas substanciais".⁶⁶ E assim, nasce a exigência de um novo princípio: "aquele da igualdade não só formal, mas também substancial".⁶⁷

Entretanto, o estabelecimento deste novo princípio de igualdade, que se quer agora substancial, é um papel que deixou de ser desempenhado pela codificação. Editam-se uma série de leis especiais que imprimiram mudanças "valorativas"⁶⁸ aos principais institutos de Direito Privado, representados pelo contrato, a propriedade e a família. Elas se caracterizam por uma "especialidade" e uma "concretude",⁶⁹ que a perfazem para reger determinada classe de relações jurídicas ou para proteção de determinada classe de pessoas. Nesta perspectiva, institutos antes integrantes do Código Civil brasileiro são agora, destacados com uma "lógica" e "autonomia" própria, formando "microssistemas".⁷⁰ A muitas destas novas leis, correspondem até mesmo um novo ramo jurídico, como o direito agrário, o direito do trabalho, o direito previdenciário ou o direito do consumidor. Estes microssistemas não convivem pacificamente, antes representam uma ruptura com a unidade do sistema do código, trazendo consigo novos princípios que lhe são contrapostos, operando uma verdadeira descodificação.⁷¹

⁶⁴ SACCO, *op. cit.*, p. 118.

⁶⁵ *Ibidem*, p.118.

⁶⁶ GALGANO, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁷ *Ibidem*, p 38.

⁶⁸ AMARAL. **O projeto de código** ..., p. 27.

⁶⁹ GOMES. **A agonia** ..., p. 3.

⁷⁰ AMARAL. **O projeto de código** ..., *passim*.

⁷¹ GOMES. **A agonia** ..., p. 3-4.

O afastamento destes microssistemas em relação aos princípios codificados exige uma nova atitude do intérprete do Direito, pois torna-se um equívoco a utilização de critérios e diretrizes da exegese do código.⁷² Trata-se da "passagem de monossistema ao polissistema" dos institutos do Direito Civil,⁷³ na qual o código perde o lugar de destaque que lhe fora atribuído pela Modernidade na regulação da vida privada, em favor dessa legislação especial.⁷⁴

Em poucas palavras, este é o quadro que se desenha para o Direito Privado atual, colocando "...em discussão a idéia de código como o universo das normas em vigor em determinado momento".⁷⁵ Nesta perspectiva, muitos apontam para sua "crise" ou "decadência", enquanto que outros propugnam-lhe uma verdadeira morte, mas não morte da codificação, e, sim, de um determinado modelo de código.⁷⁶

A tese pontuada pelos defensores da codificação se perfaz com vistas à superação de seu modelo oitocentista, atribuído por Michele GIORGIANNI,⁷⁷ ao fato que para a sociedade atual tornou-se insuficiente uma regulamentação que exalta o indivíduo, fazendo necessária, a regulamentação do grupo econômico ao qual ele pertence (consumidor, produtor agricultor), bem como que os institutos tradicionais dos códigos oitocentistas, rigidamente definidos, tronaram-se difíceis de serem aplicados.⁷⁸

⁷² *Ibidem*, p. 3.

⁷³ *Ibidem*, p. 1.

⁷⁴ AMARAL. O projeto de código ..., p. 27.

⁷⁵ COUTO E SILVA. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica ..., p. 21

⁷⁶ A isto refere-se Rodolfo SACCO: "*Il codice non è dunque superato. È superata l'idea che un codice possa nascere privo di lacune, e che la sua sola lettera possa offrire una buona soluzione per tutti i possibili casi del futuro.*" (Op. cit., p. 125)

⁷⁷ Op. cit., p. 53-54.

⁷⁸ Para estes doutrinadores, a superação de um modelo de Código justifica ainda, a codificação que se processou em uma série de países, especialmente na última metade do século XX. E demonstra que a tendência de criar conjuntos sistemáticos de lei, corresponde a uma necessidade real. A este respeito, afirma o mesmo autor, sobre uma série de códigos que se promulgaram em todo o mundo no período de 1948 a 1981, ao qual não é alheio o nosso país. Seria portanto, propício indagar se tais argumentos acima evidenciados, justificariam a promulgação de um novo Código entre nós. (GIORGIANNI, Michele, op. cit., p.122)

Em consideração a esta ordem de idéias, é que se encontra o projeto de Lei n.º 118 de 1984 que ora tramita na Câmara dos Deputados. Trata-se da última de uma série de tentativas que, desde meados do século XX, têm por finalidade "restaurar o Código Civil como diploma básico da disciplina das relações de natureza privada, adaptando-o às exigências do processo de mudança social operada no Brasil..." ⁷⁹

Os integrantes de sua comissão manifestavam o pensamento que com ele se realizasse um "Código central". Assim, se expressava Clóvis do COUTO E SILVA, ao considerar este último, como mais amplo que os tradicionais, dotado de cláusulas gerais que propiciavam uma "atividade judicial mais criadora". Neste sentido, também se conduziram as argumentações de Miguel REALE, ao afirmar que mister se faz um código que apresente-se como lei básica da sociedade, comportando "modelos abertos" para que se permita sua evolução por parte dos intérpretes e da jurisprudência. ⁸⁰

Não obstante as opiniões engendradas, a existência de um novo Código Civil, diante do atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade, não seria procedente, ⁸¹ uma vez que afirma Gustavo TEPEDINO que, do ponto de vista político, desapareceram as circunstâncias históricas que justificavam as

⁷⁹ Francisco AMARAL aduz que a primeira tentativa se verificou em 1941 com o anteprojeto de Código das Obrigações. Em 1961 Orlando Gomes redigiu um novo anteprojeto de Código Civil, e Caio Mário um anteprojeto de código das obrigações. Até que em 1967 foi constituída a comissão para elaborar o atual projeto sob a presidência de Miguel REALE (AMARAL. *O projeto...*, p. 28)

⁸⁰ *Apud* MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 349

⁸¹ Além desta, também se faz presente a questão da necessidade de uma parte geral no código. Esta última, dotada de um alto grau de abstração, é fruto de uma racionalidade que se encontrou na Pandectística alemã, que primava pela lógica, pela precisão dos conceitos, deixando de lado os "fundamentos éticos-jurídicos ou político-jurídicos" de suas construções. Já a Parte Especial, apresentou-se como fruto de uma elaboração essencialmente "histórica e jurisprudencial".

Atualmente, o contexto metodológico que se vem delineando no campo jurídico é diverso, pois tende para o "pensamento problemático", em conformidade com a realidade e os casos concretos que se apresentam por resolver.

Nesta perspectiva, gera-se a discussão em torno de saber se é conveniente a existência de uma parte geral no Código Civil. Orlando GOMES combate a existência de uma parte geral no Código Civil, pois esta se compõe de conceitos essencialmente técnicos e formulações abstratas que não se ajustam a um corpo de leis. O código deve ser obra de cunho prático, com "disposições" que tenham eficácia normativa. (*Introdução ao direito civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 32)

codificações em seu papel de unificação política e ideológica.⁸² E de tal modo, a delinear um cenário diverso, "...pluralista e multifacetado, onde os grupos políticos emergentes manifestam-se através de robusto conjunto de leis especiais...".⁸³ O fato é que o projeto encontra-se desatualizado,⁸⁴ desconhecendo as cláusulas gerais.⁸⁵

Tais idéias, somadas às modificações que já se processaram no fenômeno de descodificação do Direito civil, compõem o pano de fundo no qual se encontrou consagrada a teoria do abuso do direito no projeto de código civil. Seu artigo 187 refere-se àquela teoria sob o título "dos atos ilícitos", dispondo:

"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".

Deste preceito duas conseqüências resultam:

- a) prevalece a concepção objetivista de abuso do direito;
- b) o ato abusivo constitui-se em ato ilícito.

Trata-se de um preceito que, segundo Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, consubstancia-se na "cláusula mais rica" do direito das obrigações, por conter princípios éticos, como o do abuso do direito, a boa-fé, os bons costumes e o fim social,⁸⁶ sob as vestes de um critério objetivo. Ele encontra inspiração no Art. 334 do Código Civil português, o qual determina o ato abusivo, quando se ultrapassam os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito. E esse, por sua vez, teve como fonte o artigo 281⁸⁷ do Código

⁸² Ressalte-se que esta motivação ainda estava presente nas codificações da segunda metade do século XX: "assim se deu na Europa do pós-guerra, com a derrubada dos governos totalitários". Para este fato não atentaram autores que defendem a codificação como Michele Giorgianni. (TEPEDINO, Gustavo. O velho projeto de um reuelho código civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 437)

⁸³ TEPEIDINO. **O velho projeto** ..., p. 437.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 438.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 439.

⁸⁶ **O projeto do código civil: as obrigações e os contratos**. INCIJUR. Joinville, a. 1, n. 9, abr. 2000. p. 4.

⁸⁷ "O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito." (NORONHA, op. cit., p. 175 -

Civil grego de 1940, o qual consagrou a teórica alemã desenvolvida em torno dos parágrafos 226, 826 e 242 do BGB, e do artigo 2º do Código Civil suíço.⁸⁸

Em atenção a esta ordem de idéias, o critério objetivo delineado pelo artigo 187 do projeto remete-se ao princípio da boa-fé, enquanto regra de comportamento que se impõe tanto ao cumprimento de obrigações, como o exercício de posições jurídicas. Não obstante, sob a égide dessa concepção, a boa-fé possa se apresentar como uma "norma em branco", a legislação brasileira abre espaço para consagração das "hipóteses típicas" sob as quais ela passa a ser concretizada. Eis a proibição do *venire contra factum proprium*, o instituto da *verwirkung*, o *tu quoque*, a "inalegabilidade de nulidades formais" e o "exercício desequilibrado de direitos".

Embora semelhante dispositivo resgate a discussão suscitada em páginas anteriores, segundo a qual há que se distinguir entre os princípios da boa-fé e do abuso do direito, verifica-se que no domínio contratual onde as partes devem proceder segundo a lealdade e confiança mútuos entre os contraentes, o ato abusivo revela-se freqüentemente como contrariedade à boa-fé. Há nisto, uma ampliação da concepção de abusividade que ora também encontra-se esboçada pela contrariedade aos bons costumes e ao fim econômico e social do direito.

Nesta perspectiva, reservam-se as discussões sobre o que seja bons costumes. Na doutrina portuguesa, à qual se recorre em razão da similitude de preceitos, afasta-se a concepção "idealista", relacionada aos "ditames de ordem filosófica ou religiosa, reagindo sobre as práticas usuais".⁸⁹ Do mesmo modo, afasta-se a "moral subjectiva ou pessoal do juiz", para se delinear no sentido de uma "moral objetiva". Assim, os bons costumes devem "corresponder ao sentido ético imperante na comunidade social".⁹⁰

A referência ao fim econômico ou social, encontrada no artigo 187 do projeto, importa em dizer que o exercício do direito encontra-se limitado pelo seu

nota de rodapé n. 106)

⁸⁸ NORONHA, *op. cit.*, p. 175.

⁸⁹ ABREU, José Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Coimbra : Almedina, 1983. p. 63.

⁹⁰ ABREU, *op. cit.*, p. 64.

fim. Eis a inspiração da tese finalista de Josserand,⁹¹ delineada por uma expressão que recebeu a crítica de ser "imprecisa".⁹² Neste sentido, colocam-se as argumentações de MENEZES CORDEIRO, por "não viabilizar determinações em abstrato, requerendo um reconhecimento das "limitações funcionais", segundo cada caso concreto.⁹³ E, especialmente, por se tratar de um aspecto da tradição jurídica francesa, que se encontrou sob a égide da Exegese, na origem do abuso do direito.⁹⁴

Não obstante as críticas que ora se prestam, a referência ao "fim econômico ou social", encontrada no artigo 187 do projeto, revela-se como a tradução do princípio da função social⁹⁵ do contrato, contemplado no artigo 421 do mesmo estatuto, enquanto limite à liberdade de contratar: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Acompanha esses dispositivos, o artigo 422,⁹⁶ que estabelece a probidade e a boa-fé objetiva, conferindo aos contratos, "estrutura e finalidades sociais",⁹⁷ explicitando-se que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, importando os valores da boa-fé e da probidade.

Com efeito, a função social não se apresenta dissociada da boa-fé objetiva, ao contrário, esta é pressuposto daquela. Eis que o alcance da primeira, torna-se possível quando as partes contraentes pautam seu comportamento em atenção à lealdade e confiança depositas, uma na outra.

Quanto à segunda consequência exposta, embora subsista um paradigma diverso em torno do projeto de Código Civil, tal como evidenciado pelos integrantes

⁹¹ Neste sentido, VENOSA, *op. cit.*, p. 400; e LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso do direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 667, a. 80, maio 1991. p. 41.

⁹² Cf. ABREU, *op. cit.*, p. 67.

⁹³ Da boa fé..., p. 1231.

⁹⁴ Da boa fé..., p. 1232.

⁹⁵ A CF/88, art. 5º, XXIII consagra a função social como garantia fundamental.

⁹⁶ "Art. 422. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

⁹⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Lisboa: Petrony, 1973. p. 91.

de sua comissão, isto não impediu a que o abuso do direito continuasse sendo concebido como ilícito, tal como se fez no Código Civil em vigor. Assim, sua concepção encontra-se desprovida de autonomia dogmática ao ser inserida naquela categoria, não lhe restando outra configuração senão a de enquadrar-se no âmbito da responsabilidade civil.⁹⁸

De modo não muito diverso, encontra-se a interpretação engendrada pelo artigo 334 do Código Civil português, ao referir-se ao abuso do direito como ato "ilegítimo". Não há um consenso por parte da doutrina quanto ao seu significado, apresentando-se como sinônimo de antijurídico ou ilicitude.⁹⁹

Entre nós, em conformidade com uma doutrina que se esforça por delinear o abuso do direito em sua perspectiva autônoma, há que se esclarecer que embora ele seja antijurídico por contrariar o Direito, não se configura em si mesmo como uma "atuação ilícita", ou então, atente-se para as palavras e Fernando NORONHA:

Apesar da redação de preceitos como o art. 187 do Projeto de Código Civil e o art. 160, I, do Código Civil vigente, nestes casos, ditos de abuso de direito, em rigor nem sempre haverá verdadeira ilicitude, porque esta, se pressupõe a prática de um ato antijurídico, exige ainda que ele seja imputável a alguém, a título de dolo ou culpa; ora, destes dois elementos, antijuridicidade e culpabilidade, só um está sempre presente no abuso de direito: a contrariedade ao direito, isto é, a antijuridicidade. Quem age contra o direito, age sem direito: os casos ditos de abuso de direito são, na realidade, casos de atuação contrária ao direito, atuação antijurídica, não necessariamente atuação ilícita.¹⁰⁰

Em conformidade com esta ordem de idéias, pode se concluir que não obstante a falta de um correto enquadramento do abuso do direito perante o projeto, ele encontra-se esboçado em uma amplitude capaz de delineá-lo fora do âmbito

⁹⁸ Aduz Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: "Tem sido dito que o ato ilícito é o contrário à norma, enquanto abuso de direito surge no comportamento que vai além dos limites autorizados. Segundo o Projeto, porém, o abuso não é uma nova categoria, é, também ele, um ato ilícito que se caracteriza pelo exercício que o titular de um direito faz além dos limites permitidos pelo fim econômico e social do contrato, pela boa-fé e pelos bons costumes. É uma nova hipótese de responsabilidade civil, mas não uma categoria autônoma de ilicitude, pois se entende que o direito deixa de existir quando excedidos os seus limites." (**O projeto do código civil** ..., p. 4) Sílvia VENOSA elogia esta sistematização conferida pelo projeto ao ato abusivo. Alega que, ainda que o abuso do direito não se constitua em ilícito, impõe-se que suas consequências sejam as mesmas da reparação por responsabilidade civil. (*Op. cit.*, p. 400)

⁹⁹ ABREU, *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, p. 175-176.

circunscrito aos direitos subjetivos.¹⁰¹ Trata-se do reconhecimento de limites à liberdade contratual estabelecido pelo princípio da função social e da boa-fé, encontrado no contexto do projeto em atenção a princípios que já norteavam os microssistemas, e que se opunham ao sistema do código em vigor. Nesse quadro de transformações para as relações contratuais, cumpre retratar o referido princípio em perspectiva constitucional.

4.1.3 A Constituição e as Relações Privadas Contratuais

Da codificação à recodificação, delineou-se em páginas anteriores, um caminho não muito longo, mais composto por um traçado repleto de transformações, no qual a Constituição passa a ocupar lugar de destaque.

O contrato nasce indissolúvelmente ligado ao dogma da autonomia da vontade nos códigos modernos, retratando-se em uma disciplina unitária e abstrata, que se apresenta como resposta às exigências de unificação de um cenário fragmentado do medievo, no qual imperava a desigualdade jurídica.

Em conformidade com esse sistema, parafraseando Francesco GALGANO, as Constituições liberais tratam da exigência de combater o arbítrio do poder público, de tal modo que o processo de constitucionalização identificava-se com o processo de desmantelamento do Estado absolutista e de edificação do Estado de direito.¹⁰² Assim, o Direito Civil passa a ser considerado como a arma de defesa do

¹⁰¹ Ao se referir ao artigo 334 do Código Civil português, aduz José Coutinho de ABREU: "Já vimos, porém, que no abuso do direito temos, não verdadeiramente um direito, mas sim um direito aparente. Além disso, aqui a palavra direito tem de ser entendida em sentido muito amplo, envolvendo toda e qualquer prerrogativa jurídica subjectiva, os 'poderes', as 'faculdades', as 'liberdades'. Deixando de lado estas classificações - longe de lograrem consenso doutrinal - , há que se reconhecer que a razão do sancionamento do comportamento abusivo tanto vale para os direitos como para as prerrogativas privadas.

Depois, 'exercício', embora conote algo de activo, de actuação ou realização, tem de entender-se agora com suficiente alcance, de forma a significar o assumir de um comportamento, nele cabendo tanto a acção como a omissão." (*Op. cit.*, p. 68)

¹⁰² *Op. cit.*, p. 46. Neste aspecto, aduz GALGANO que: "*Dominava la convinzione che i diritti e le libertà dei singoli non potessero essere oppressi o soffocati se non dal potere dello Stato, e che fosse perciò sufficiente limitare e regolare l'esercizio di questo potere per edificare una società di uomini liberi e uguali.*" (*Op. cit.*, p. 47)

indivíduo frente ao Estado,¹⁰³ assegurando-lhe a liberdade, que é essencialmente econômica, e da qual o contrato é seu principal instrumento.

Em atenção a esta ordem de idéias, o contrato encontrou lugar na noção de ato jurídico, no Código Civil brasileiro,¹⁰⁴ apresentando-se estruturado sobre a vontade dos contraentes, a qual torna-se suficiente o bastante, para fazê-lo "lei entre as partes", bem como dotá-lo de intangibilidade frente ao poder público, confirmando o caráter defensivo sobre o qual erige-se o Direito Privado.

Paralelamente, em sede constitucional, não há qualquer tratamento específico para o contrato, em atenção à rígida separação entre Direito e sociedade. Esta realidade restou consignada na Constituição republicana de 1889, encontra-se afeita ao caráter liberal, que exime o Estado de intervir nas relações entre os particulares, mantendo intocadas as fronteiras entre o público e o privado.

No entanto, aquele Estado liberal, antes tão preocupado em eliminar a desigualdade guardada pelo medievo e que encontrou na codificação das relações privadas e nas garantias constitucionais, a consagração da igualdade e da liberdade como direitos fundamentais, só acentuou as injustiças que se mostrou tão preocupado em eliminar.¹⁰⁵

Essa conjectura passou a exigir sua intervenção nas relações privadas, de sorte que uma diversidade de estatutos especiais foram erigidos, com vistas à obtenção de uma nova igualdade e de modo a recuperar a liberdade perdida.

¹⁰³ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho da constitucionalização do direito civil. *Revista de Direito Civil* (Imobiliário, agrário e empresarial). São Paulo, n. 65, jul./set. 1993. p. 22.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 3, set./dez. 1992, p. 134. Trata-se da noção delineada pelo artigo 81 ("Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico"), sob a égide da teoria subjetiva, especialmente expressa pelo teor do artigo 85 ("Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem).

¹⁰⁵ "...preocupado com eliminar as discriminações pessoais características do medievo e do período do absolutismo monárquico, o Estado de Direito liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando a todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei, parificação esta, só acentuou a concentração de poder econômico capitalista, aumentando o desnível social cada vez mais, na esteira do desenvolvimento tecnológico e produtivo." (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e as sociedades sem fronteiras. In: _____. FACHIN, Luiz Edson [coord.] *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 6)

Surgem leis especiais através das quais se disciplinam parcelas inteiras de relações, até então, relegadas ao Código Civil, dando-lhes uma regulamentação autônoma, sob novos princípios.

Trata-se da "era de descodificação", na qual revive-se o contexto fragmentado do medievo, e a tarefa do intérprete torna-se novamente importante. Assiste-se à superação do modelo de interpretação esculpido pelo código, o qual limitava-se à lei, e o reconhecimento de um papel criativo a ser desempenhado pela doutrina e jurisprudência.¹⁰⁶ Estas últimas procedem à construção de uma noção de "negócio jurídico de índole contratual", marcada por um caráter de "objetivação",¹⁰⁷ afastando-se a idéia de contrato enquanto "reino da vontade".¹⁰⁸

Os novos princípios, delineados por esta atividade do intérprete, encontram lugar em muitos estatutos especiais, que se formam à margem do Direito codificado, resultando em uma verdadeira descentralização da regulação das relações privadas. Nesta passagem de "monossistema" para "polissistema", poder-se-ia indagar da perda de unidade do sistema, antes proporcionada pelo Código Civil. É justamente neste momento, que toma conta do cenário jurídico, o papel desempenhado pela Constituição, no sentido de unificar o ordenamento jurídico.¹⁰⁹

Em conformidade com essa idéia, fluem dos textos constitucionais, novos princípios com vistas a recuperar a liberdade e igualdade perdidas. Há nisto a

¹⁰⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo : RT, 1998. p. 43-44.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA. **Crise...**, p. 134.

¹⁰⁸ Enquanto os tribunais franceses rompem a "soberania" do contrato com construções como a teoria da imprevisão, da causa e do abuso do direito, guardando consigo, traços de subjetividade, as cortes germânicas delineiam a teoria da base do negócio jurídico, do adimplemento substancial, do exercício inadmissível de posições jurídicas e do princípio da boa-fé, alcançando sua objetivação. Nos tribunais brasileiros, a tradição francesa restou recepcionada, mas a cada dia abre-se mais espaço à tradição germânica, alicerçada em uma leitura constitucional na teoria contratual.

¹⁰⁹ "Pois bem, nossa Carta-compromisso recupera essa unidade esfacelada do ordenamento, esse sistema decomposto e, para tanto, tem incidência direta nas relações privadas. Negar esta premissa metodológica, como tem ocorrido predominantemente na doutrina pátria, significa incidir em verdadeira inversão hermenêutica, uma espécie de leito de Procusto que, como na mitologia grega, procura deduzir no estreitíssimo leito de ferro da legislação ordinária a pujante enunciação normativa estabelecida pelo texto constitucional." (TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p. 206)

manifestação de uma nova idéia de Constituição, que não se revela mais apenas como oposição ao despotismo político, mas como oposição ao despotismo econômico, revelando normas e princípios que regulem as relações entre os cidadãos.¹¹⁰ Assim, em nossas Constituições, podemos encontrar, ao contrário de que ocorria antes, uma progressiva intervenção nas relações privadas, através de princípios e normas que passam a tratar do contrato, da propriedade e da família. E de tal sorte, que a Constituição torna-se a "lei fundamental do direito privado",¹¹¹ perdendo o Código Civil, seu papel de diploma central na regulamentação das relações privadas. E deste modo, em atenção ao papel unificador antes mencionado, torna-se um erro "...pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder no sentido inverso, de modo a reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do Texto Maior".¹¹²

Há nisto, uma inversão metodológica, que se traduz em uma pretensa "crise" da separação entre Direito Público e Direito Privado. Assiste-se a uma invalidade dos critérios que tradicionalmente os separavam, de modo a se dizer "que o público privatiza-se e o privado torna-se público".¹¹³

Trata-se ainda, de uma nova atuação, proporcionada pela Constituição. Os direitos fundamentais, não são mais visualizados em seu aspecto negativo, com vistas a tão somente garantir ao indivíduo uma esfera de atuação protegida contra o Estado, mas em seu aspecto positivo, como "princípios objetivos e ativos".¹¹⁴ Nesta perspectiva, sob as vestes de "publicização" procura-se encobrir uma verdadeira transformação dos institutos privados.¹¹⁵

Transmuda-se o desenho arquitetado pela civilística clássica para o

¹¹⁰ GALGANO, *op. cit.*, p. 47.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 47.

¹¹² TEPEDINO. *As relações de consumo e a nova ...*, p. 10.

¹¹³ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 226.

¹¹⁴ MARTINS-COSTA. *Crise ...*, p. 137.

¹¹⁵ A este respeito, expõe Maria Celina Bodin de Moraes TEPEDINO: "O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil,..." (*Op. cit.*, p. 23)

contrato. Nas sociedades pós-industrializadas, o contrato torna-se fenômeno presente na vida de todos, perfazendo-se por vezes, independente da manifestação de vontade das partes.¹¹⁶ Com isto, assiste-se à despersonalização dos contraentes, proporcionada pela massificação das relações econômicas e a uma crescente limitação da liberdade, promovida pelo "dirigismo contratual", a um tempo, advindo da intervenção do Estado, e a outro, da própria concentração de poder econômico. Em verdade, a atuação do primeiro, reflete-se em razão da constatação do segundo, na tentativa de manter incólume um paradigma que se desagrega.¹¹⁷

Nesse contexto, o contrato ganha contornos constitucionais, sob as vestes de uma função social, que recentemente advinda da propriedade, invade a estrutura aparentemente inabalável das relações contratuais.

Nesta perspectiva, encontra-se uma teoria contratual não mais afeita ao Código Civil, pois ela despe-se de princípios individualistas que colocavam o patrimônio no centro da vida privada, para se ater às exigências de sua repersonalização, em que a pessoa passa a figurar no centro das relações jurídicas. Trata-se de verdadeira constitucionalização do Direito Civil, a qual importa em uma inversão metodológica: não se trata mais de considerar a Constituição como mero limite ao legislador ordinário, mas dotar suas normas de "efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional."¹¹⁸ Com efeito, torna-se possível que princípios especificamente previstos para as relações de consumo possam se aplicar a outras relações contratuais, que não se identifiquem como tal.¹¹⁹

¹¹⁶ "Com efeito, o contrato jurisdiciza o fenômeno mais freqüente do cotidiano das pessoas, em todas as épocas. Na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços." (LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 722, dez. 1995. p. 40)

¹¹⁷ Esta referência se faz no sentido de que as limitações provenientes da intervenção estatal ocorrem no sentido de manter a liberdade e a igualdade como princípios fundamentais do contrato, o que pode significar a aceitação de limites impostos pela concentração de poder econômico, sob novos tipos contratuais.

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova ...*, p. 205.

¹¹⁹ "Acredito, entretanto, que será possível tranquilamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mesmo em situações em que não haja propriamente uma relação de consumo, desde que identifiquemos os pressupostos essenciais de hipossuficiência que justificam e dão legitimidade normativa à tutela do consumidor." (*Ibidem*, p. 211-212)

Em atenção a este panorama que se delineia para o contrato, é possível proceder à indagação da recepção da teoria do abuso do direito sob a perspectiva constitucional.

Ao se indagar da existência de algum dispositivo constitucional que refira-se ao abuso do direito, não encontramos em nossa Constituição, qualquer preceito nos moldes da Constituição portuguesa, tornando-a matéria de ordem pública e possibilitando ser alegada de ofício pelo juiz.¹²⁰ No entanto, referida orientação não encontra-se ausente entre nós, tanto que Pedro Baptista MARTINS, na década de quarenta, já delineava o fundamento constitucional para a repressão do abuso do direito, encontrada nos artigos 122 e 123, ao estabelecer que o direito de propriedade não é mais assegurado em sua plenitude, mas limitado em seu conteúdo e exercício com vistas a torná-lo "relativo".¹²¹

Hoje, o tema encontra lugar na orientação constitucional traçada 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. Nesta perspectiva, sua funcionalização logo transmuda-se para o contrato e para as situações subjetivas extrapatrimoniais. Em rápida incursão por estes últimos, encontra-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 98, II,¹²² reprimindo não apenas os atos ilícitos, mas o abuso no exercício de direitos subjetivos conferidos aos pais.¹²³

Em atenção a esta perspectiva constitucional traçada para a teoria do abuso

¹²⁰ Trata-se de referência à Constituição portuguesa anterior a 1977, em seu artigo 8^a, que estabelece que os cidadãos deverão fazer uso dos direitos e garantias fundamentais sem ofensa ao direito de terceiros, lesão dos interesses da sociedade, ou princípios da moral. (CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 179)

¹²¹ *Op. cit.*, p. 116-117.

¹²² "Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

[..]

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;"

¹²³ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 424.

do direito, sua repressão em torno do contrato conduz a atividade do intérprete de tal forma que afirma Gustavo TEPEDINO:

*As conseqüências de tais afirmações não são secundárias nem irrelevantes. Significam, em termos práticos, que o exame de cláusula contratual não poderá se limitar ao controle de ilicitude, à verificação da conformidade da avença às normas regulamentares expressamente relacionadas à matéria. A atividade interpretativa deverá, para além do juízo de ilicitude, verificar se a atividade econômica privada atende concretamente aos valores constitucionais, só merecendo tutela jurídica quando a resposta for positiva. E tal critério se aplica não só às relações de consumo mas aos negócios jurídicos em geral, ao exercício do direito de propriedade, às relações familiares e ao conjunto das relações do direito civil. [grifo nosso]*¹²⁴

Nesse contexto, a Constituição traça novas diretrizes para o pensamento jurídico,¹²⁵ traduzida em sua estreita vinculação com os microssistemas. Trata-se de encontrar esculpidos no texto constitucional, princípios capazes de fundamentar uma nova teoria contratual, tal como delineados no artigo 1º, enquanto objetivos do Estado democrático de direito: a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, os quais passam a permear toda a atividade econômica.¹²⁶

Delineia-se o quadro para as relações de consumo, o qual orienta-se por novos princípios, como a limitação da liberdade contratual, a relativização da força obrigatória dos contratos, a proteção da confiança e dos interesses legítimos, e o equilíbrio mínimo das relações contratuais.¹²⁷ Todos encontram-se permeados pela boa-fé, a qual se impõe como novo paradigma para as relações de consumo, no artigo 4º, III e artigo 51, IV, sob as vestes de cláusula geral. Mas antes disso, não obstante a falta de disposição expressa, o princípio da boa-fé encontra alcance constitucional por força de outros princípios: a solidariedade estabelecida pelo artigo 3º, I;¹²⁸ a prevalência do bem comum, em seu inciso IV; e a igualdade do

¹²⁴ **As relações de consumo e a nova ...**, p. 211.

¹²⁵ **GOMES. A agonia ...**, p. 9.

¹²⁶ **NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 214.

¹²⁷ Princípios delineados por Cláudia Lima MARQUES (**Contratos no código de defesa do consumidor.** São Paulo: RT, 1999. p. 118-138).

¹²⁸ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;"

caput do artigo 5º.

Em atenção a essa perspectiva constitucional,¹²⁹ encontra-se no Código de Defesa do Consumidor verdadeiro subsistema de abuso do direito, sob a luz dessa nova teoria contratual, com vistas a perfazer que o contrato cumpra com sua função social.

Entre os dispositivos que consagram expressamente a teoria do abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor, encontra-se o artigo 28. Trata-se do acolhimento da *disregard of the legal entity*, formulada no âmbito da *common law* e transposta para os nossos tribunais e traduzida entre nós como doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

Após a recepção da referida doutrina pela jurisprudência, encontrou acolhida no Código de Defesa do Consumidor, relativizando-se o princípio exposto no artigo 20 do Código Civil, segundo o qual, "as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros". Ocorre que, por vezes, estes membros utilizam-se dessa personalidade jurídica para fins imorais ou antijurídicos, contrariando princípios básicos de nosso sistema. Em tais casos, passou a se autorizar o julgador a afastar o véu, pretensamente intransponível, da pessoa jurídica e alcançar pessoas e bens, que por trás dela encobrem-se, nos casos de fraude ou abuso do direito.¹³⁰

Nesta perspectiva, passa a se delinear a "relatividade" do direito da personalidade jurídica, o que resta evidenciado pela teoria do abuso do direito, permitindo-se inquirir por sua função social. O mesmo também se verifica na pessoa jurídica, com o processo de funcionalização que invade os institutos privados.

Mas ocorre que esta desconsideração não anula sua personalidade jurídica, tornando-a apenas ineficaz para certos atos, e permitindo que ela reste incólume para a prática de outros. Há nisto uma ineficácia, o que se traduz em uma distinção entre o ato abusivo e o ato ilícito. A distinção ora propugnada torna-se evidente no

¹²⁹ O artigo 1º do CDC faz referência ao artigo 170 da CF.

¹³⁰ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 410, ano 58, dez. 1969, p. 14-15.

artigo 28¹³¹ do Código de Defesa do Consumidor, evidenciando-se como uma grande conquista: aquela separação põe fim à necessidade de ampliação do conceito de ilícito para nele se alcançar o abusivo.¹³²

Sob esta perspectiva, a teoria do abuso do direito revela-se adequada para salvar a noção de personalidade jurídica, objeto de discussões insuperáveis por parte da doutrina, tal como ocorrera com o direito subjetivo. Em lugar de destruir a entidade da pessoa jurídica, suspendem-se os efeitos de sua separação patrimonial, com vistas a preservá-la.¹³³

Em atenção à prática engendrada pela técnica de contratação em massa, onde uma das partes predispõe unilateralmente as cláusulas, restando eliminada a liberdade contratual para a outra, o Código de Defesa do Consumidor não tentou restaurar esta última, ao contrário, aceitou-a limitada, estabelecendo um controle de cláusulas abusivas. Trata-se do artigo 51, ao considerar nulas de pleno direito as cláusulas abusivas decorrentes de seu inciso IV, sob redação a seguir exposta:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Com efeito, cumpre indagar se o fundamento dessa abusividade reside no abuso do direito.

¹³¹ "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração."

¹³² FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito e o código de defesa do consumidor**. Cláusulas, Práticas e Publicidade Abusivas. Brasília : Brasília Jurídica, 1999. p. 148.

¹³³ Dentre os critérios acolhidos para promover a desconsideração da pessoa jurídica, o artigo 28 afasta critérios subjetivos, evidenciados pela fraude, o que levaria a necessidade de constatar a presença da má-fé. Restam os critérios objetivos, os quais encontram-se definidos pela idéia de função social da pessoa jurídica e não se deve olvidar da boa-fé, ambos para determinação do abuso do direito, capaz de justificar sua desconsideração. (FERNANDES NETO, *op. cit.*, p. 156)

Em atenção a esta ordem de idéias, configuram-se duas vertentes, segundo Cláudia Lima MARQUES: uma subjetiva, a que vincula a abusividade à figura do abuso do direito; e outra, objetiva, que conecta-se com a boa-fé objetiva e a lesão enorme.¹³⁴

Nesta perspectiva, a chamada teoria contratual depara-se com uma problemática já enfrentada por sua teoria tradicional. A multiplicidade de institutos que se oferecem a remediar situações consubstanciadas como injustas, tal como exposto no capítulo anterior. E, assim como antes, apresenta-se o princípio da boa fé a remediar semelhantes situações.

A primeira atitude de parte da doutrina, em face de sua qualificação como "abusiva", foi encontrar no abuso do direito seu fundamento. Assim, João Bosco Leopoldino da FONSECA afirma que a cláusula abusiva constitui-se em abuso do direito, quando causa dano ao aderente.¹³⁵ E Guilherme FERNANDES NETO entende consubstanciado o ato abusivo, por faltar a proporcionalidade entre as partes, no momento de pré-elaboração do contrato.¹³⁶

Não obstante, em sede comparativista, leciona Hélène BRICKS, que o abuso do direito é noção fluída e vaga para o critério da equidade.¹³⁷ Trata-se, para esta autora, da aplicação do instituto da lesão, o qual se entende como sendo "a desproporção do valor existente no momento da conclusão de um contrato à título oneroso entre as obrigações recíprocas".¹³⁸ Entre nós, esta fundamentação pode

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 402.

¹³⁵ Neste sentido, também encontramos João Bosco Leopoldino da FONSECA, ao afirmar: "Destarte, uma cláusula contratual poderá ser tida como abusiva quando se constitui num abuso de direito (o predisponente das cláusulas contratuais, num contrato de adesão, tem o direito de redigi-las previamente; mas comete abuso se, ao redigi-las o faz de forma a causar dano ao aderente). Também será considerada abusiva se fere a boa-fé objetiva, pois, segundo a expectativa geral, de todas e quaisquer pessoas, há que haver equivalência em todas as trocas. Presumir-se-á também abusiva a cláusula contratual quando ocorrer afronta aos bons costumes, ou quando ela se desviar do fim social ou econômico que lhe fixa o direito. A aferição dessas condições não se faz, contudo, através da indagação da real intenção das partes intervenientes no contrato." (**Cláusulas abusivas nos contratos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 127-128)

¹³⁶ FERNANDES NETO, *op. cit.*, p. 115.

¹³⁷ Tradução livre de: "...la disproportion de la valeur existant lors de la conclusion d'un contrat à titre onéreux entre les obligations réciproques." (**Les clauses abusives**. Paris : LGDJ, 1982. p. 26)

¹³⁸ *Op. cit.*, p. 30.

ser traduzida por Alberto do AMARAL JÚNIOR, ao afirmar que o conceito de cláusulas abusivas tem âmbito de atuação próprio, que não se confunde com o abuso do direito previsto no artigo 160, I do Código Civil.¹³⁹

Fundamentar a cláusula abusiva no abuso do direito seria pressupor limites ao exercício de um direito subjetivo, deles destituído, por se conceber como plena a liberdade contratual.¹⁴⁰ Semelhante afirmação já encontra-se de todo afastada, em face de não se caracterizar mais para o contrato, sua "soberania absoluta." Deste modo, a recusa à categoria do ato abusivo seria devida à insegurança dogmática que envolve o jogo entre o ilícito e sua concepção autônoma.¹⁴¹

Deve se atentar para o fato de que, se o abuso do direito não é em si mesmo ilícito, não obstante possa gerá-lo, o que se encontra em uma diversidade de sanções que não se resume à perdas e danos, a cláusula abusiva também não se configura em si mesma como tal.¹⁴² No entanto, a consequência que lhe é imposta por lei, revela-se a mesma que se apresentaria para uma cláusula ilícita: a nulidade. Assim, não obstante a ausência de uma "ilegalidade formal", há nelas uma "ilicitude material", por romper com o equilíbrio contratual, em contrariedade à ordem pública, à equidade e à boa-fé.¹⁴³

Sob outra perspectiva, a doutrina resgata a figura da lesão para conceituação das cláusulas abusivas. Trata-se da "exagerada desproporção de valor entre às prestações de um contrato bilateral, concomitante à sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado."¹⁴⁴ Eis o teor encontrado na redação insculpida no inciso IV do artigo 51, ao considerar abusiva a

¹³⁹ A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 6, abr./jun., 1993. p. 31.

¹⁴⁰ Neste sentido, Cláudia Lima MARQUES, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 403.

¹⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 158-159.

¹⁴³ LÔBO. **Condições gerais** ..., p. 160.

¹⁴⁴ BECKER. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1.

cláusula que coloque o consumidor em desvantagem exagerada perante o fornecedor.

Há no entanto, que se afastar a configuração de elementos subjetivos, pautada na inexperiência, leviandade ou estado de necessidade e aproveitamento pela outra parte, pois o consumidor figura como hipossuficiente. Nesta perspectiva, independe de malícia, dolo ou má-fé para que se configure a abusividade de tais cláusulas, condicionando-se a lesão, a um elemento objetivo que é a desproporção das prestações.¹⁴⁵

Em atenção a este caráter objetivo, revelado para configuração das cláusulas abusivas, apresenta-se o princípio da boa-fé objetiva. Trata-se do fundamento encontrado para o próprio equilíbrio que deve pautar as relações contratuais, sob pena de violar aquele princípio. O inciso IV do artigo 51 faz-lhe referência expressa, ao dispor como abusivas as cláusulas contrárias à boa-fé e à equidade. Eis este princípio configurado não apenas em sua função de criar deveres, mas de impor limites ao exercício de direitos, delineando-se como verdadeira cláusula geral.¹⁴⁶

Nessa perspectiva, pode-se concluir com o ministro Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, que as cláusulas abusivas são aquelas que caracterizam lesão enorme ou violação ao princípio da boa-fé objetiva, "...funcionando estes dois princípios como cláusulas gerais do Direito, a atingir situações não reguladas expressamente na lei ou no contrato. Norma de Direito Judicial impõe aos juízes torná-las operativas, fixando a cada caso a regra de conduta devida."¹⁴⁷

Em consideração a esta ordem de idéias, não se pode afastar de todo a hipótese de abuso do direito, uma vez que se encontra delineada a boa-fé em sua função de controle do exercício de direitos, o que suscita as modalidades de "exercício inadmissível de posições jurídicas".

¹⁴⁵ Este critério pode ser encontrado no parágrafo 138 do BGB juntamente com um critério subjetivo, o qual é esboçado pelo artigo 1118 do Código francês.

¹⁴⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima [coord.] **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 24.

¹⁴⁷ **Cláusulas abusivas** ..., p. 20.

Encontra-se, portanto, a cláusula geral da lesão enorme e a cláusula geral da boa-fé, com vistas a fundamentar a leitura do Código de Defesa do Consumidor, em três aspectos: "prática comercial, a publicidade¹⁴⁸ e o contrato."¹⁴⁹

Nas entrelinhas dessas definições, há que se ressaltar a vontade destituída de seu lugar de soberania, em favor da justiça contratual, cada vez mais realizável pelo princípio da boa-fé, como se extrai das palavras de Anelise BECKER:

A vontade, até há pouco considerada a viga-mestra do edifício contratual, cede a cada dia mais terreno à noção de **equivalência objetiva**, com o que *o centro de gravidade da relação contratual tem-se deslocado da tutela da vontade para a tutela da confiança e da boa fé objetiva*, a fim de que reste garantido um mínimo de **justiça material**, fenômeno que *culmina por transformar, em consequência, a própria teoria clássica das invalidades*, toda ela assentada sobre o dogma da vontade.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Nessa perspectiva, os autores que delineiam o abuso do direito na concepção de cláusulas abusivas, também o fazem em relação às práticas e publicidade abusivas, como pode-se constatar das passagens esboçadas por Guilherme FERNANDES NETO:

"Exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva - conforme o disposto no art. 39, do CDC - é uma prática comercial que traduz por excelência, o abuso do direito nas relações de consumo.

[...]

A vantagem excessiva, como a onerosidade excessiva e a desvantagem exagerada, consubstanciam-se em manifestações do abuso do direito por excelência, e são assinaladas pela afronta ao princípio da proporcionalidade, positivado no CDC.

[...]

Todas as modalidades de publicidade abusiva têm, no mínimo, um elemento caracterizador comum entre si, presente nas demais hipóteses do abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor, que é o desvio de sua finalidade, razão pela qual se infere que o CDC adotou o desvio da finalidade social e econômica como critério predominante para a caracterização da publicidade abusiva". (*Op. cit.*, p. 130, 131 e 134.)

¹⁴⁹ AGUIAR JÚNIOR. **Cláusulas abusivas** ..., p. 13.

¹⁵⁰ **Teoria geral da lesão**..., p. 137.

4.2 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

4.2.1 O Predomínio da Teoria Subjetivista do Abuso do Direito na Jurisprudência

O abuso do direito é resultado de construção jurisprudencial francesa, que o ancorou como um princípio geral.¹⁵¹ Trata-se da solução apresentada para uma série de casos que, em fins do século XIX, batem às portas dos tribunais, construindo-se uma teoria influenciada por uma corrente de "socialização do direito".¹⁵²

Esta jurisprudência, dotada de um ímpeto criador, que se apresentou como fonte de direito, com o auxílio da doutrina passou a envolver os principais institutos da civilística francesa, com um espírito renovador.¹⁵³

No entanto, este surgimento não constitui-se em fato pouco elucidativo, pois a censura dos atos abusivos através da anulação e, especialmente, pela obrigação de indenizar, colocava a salvo a "validade jurídica geral dos direitos subjetivos."¹⁵⁴ Este caráter norteou a construção da nova teoria, não apenas nos tribunais, mas também na doutrina, revelando-se em conformidade com um teor exegético que norteava a interpretação do Direito.

Assim, o dado jurisprudencial não passou despercebido, tanto que logo se transportou do espaço napoleônico para o espaço jurídico germânico, procedendo-se desde logo, a sua sistematização no BGB de 1900.¹⁵⁵ Semelhante fato já nos serve a uma contraposição de sistemas: se entre os primeiros, o abuso do direito é construção tipicamente jurisprudencial, parecendo-lhe de todo estranha sua

¹⁵¹ LEVI, Giulio. **L'abuso del diritto**. Milano: Giuffrè, 1993. p. 5.

¹⁵² *Ibidem*, p. 29-30.

¹⁵³ SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 105.

¹⁵⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto-Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. v. 1: a crise. p. 513.

¹⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 685.

sistematização em um código,¹⁵⁶ entre os últimos, a consagração do princípio em um texto legal, encontrou âmbito favorável delineado pela Pandectística. Posteriormente, o desenvolvimento da jurisprudência alemã do pós-guerra, resultaria em uma construção casuística em torno do tema sendo que, em França, o princípio passaria a fazer parte de um código: o projeto de código das obrigações ítalo-francês.¹⁵⁷

A jurisprudência francesa desenvolveu com intenso vigor uma casuística do abuso do direito, em torno da propriedade, especialmente no que se refere às relações de vizinhança. Esta construção logo se alastrou para outros direitos subjetivos patrimoniais e extrapatrimoniais, em face de um papel central por ela ocupado nos sistemas codificados. É assim que, nos tribunais franceses, em conformidade com o papel instrumental desempenhado pelo contrato em relação à propriedade, o ato abusivo logo se transpõe para aquele.

No entanto, esta transposição conheceu resistências, em face do lugar de soberania ocupado pelo princípio da autonomia da vontade. Não se concebia que direitos advindos diretamente da vontade dos contratantes, pudessem sofrer intervenções externas, rompendo-se com o princípio da intangibilidade dos contratos.

Em consideração a esta ordem de idéias, à primeira vista, os tribunais mostraram-se reticentes, negando que a liberdade de contratar e a liberdade contratual pudessem se mostrar abusivas. Mas a tese em sentido contrário não tardou a se impor, encontrando no abuso do direito, o instrumento "elástico e adaptado aos seus objetivos", para resolver os casos de recusa de contratar ou de resolução unilateral nos contratos de trabalho por tempo indeterminado.¹⁵⁸

Trata-se da decisão de 14 de dezembro de 1903 do *Tribunal de Bordeaux*, em que um patrão recusou diversos empregados, porque eles faziam parte de um sindicato. Em face do que, diversos de seus membros, desligaram-se dessa

¹⁵⁶ LEVI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁷ RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 69.

¹⁵⁸ ROTONDI, Mario. *L'abuso di diritto. "Aemulatio"*. Padova: CEDAM, 1979. p. 153.

instituição. Esse patrão foi citado por perdas e danos, ao que o tribunal respondeu: "Visto que nada na legislação não parece impedir um patrão de anunciar sua intenção de não dar trabalho aos trabalhadores de um sindicato determinado, mas visto que os princípios gerais do direito conduzem a limitar esta faculdade, que se deve a última, quando o interesse do patrão não está em jogo, *trata-se simplesmente de prejudicar* o sindicato ao colocá-lo index'".¹⁵⁹

Essa construção jurisprudencial em torno do abuso do direito influenciou os tribunais italianos.¹⁶⁰ A transposição de decisões neste sentido, encontrou campo fértil para seu desenvolvimento nesse espaço jurídico, no qual a teoria do abuso do direito atuou como instrumento para socialização das relações entre o capital e o trabalho.¹⁶¹

As resistências da jurisprudência à configuração do ato abusivo na contratação, traduziu-se em uma concepção restrita, assentada sobre investigações de ordem subjetiva: há que se configurar a intenção de prejudicar, acompanhada pela falta de utilidade no exercício do direito para seu titular. Conseqüentemente, a nova construção acabou por se identificar com antigas figuras como a *emulatio* e a *exceptio doli*, de modo a se remeter as soluções sob as vestes de abuso do direito, para institutos que lhe fossem parcelares.¹⁶²

A criação da teoria do abuso do direito pela jurisprudência francesa, partiu da uma interpretação ampliada do artigo 1382 do *Code*, embora neste não existisse qualquer preceito expresso a seu respeito. Trata-se de uma construção que nasce ligada à idéia de culpa, o que explica a necessidade da intenção de prejudicar para que se caracterizasse o ato abusivo. A conseqüência desta interpretação é a imposição da obrigação de indenizar e a caracterização do abuso do direito como

¹⁵⁹ Tradução livre de: "Attendu que rien dans la législation ne paraît empêcher un patron d'annoncer son intention de ne pas faire travailler les ouvriers d'un syndicat déterminé, mais attendu que les principes généraux du droit conduisent à limiter cette faculté, qu'on doit la dénier, quand l'intérêt du patron n'étant pas en jeu, il s'agit simplement de nuire au syndicat mis par lui à l'index." (CAMPION, L. *La théorie de l'abus des droits*. Paris: LGDJ, 1925. p. 97-98)

¹⁶⁰ LEVI, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶¹ ROTONDI, *op. cit.*, p. 152.

¹⁶² MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé ...*, p. 673.

um ilícito, o qual se insere perfeitamente na teoria clássica da responsabilidade civil.

Após delineada sob a perspectiva das relações de trabalho, a doutrina do abuso do direito logo alcançou outros campos da contratação. Neste sentido, pode-se citar a decisão da *Corte de Pau*, de 15 de fevereiro de 1973, exemplar em sua caracterização sob critérios subjetivistas.

Trata-se do caso de uma sociedade petroleira, que cedera em comodato certo material para seu revendedor, entre o qual encontravam-se reservatórios de combustível que deveriam ser restituídos. A restituição dos reservatórios *in natura* foi imposta ao revendedor. Ocorre que as despesas com o trabalho de extração destes reservatórios totalizariam 10.000 francos, o que levou o revendedor a oferecer reservatórios novos em substituição àqueles, no valor de 7.500 francos. Portanto, seria vantajoso para a sociedade petroleira, receber estes últimos, ao invés dos primeiros, já usados. No entanto, esta última negou referida restituição, impondo sua pretensão de receber *in natura* o material emprestado. A Corte julgou esta pretensão como abusiva, embora o comodante exercesse um direito deferido pelo artigo 1875¹⁶³ do Código Civil. Pois pareceu aos relatores que esta pretensão não representava qualquer interesse pecuniário para a sociedade petroleira, ao contrário, seria vantajoso para esta receber reservatórios novos, em lugar dos antigos, já que estes só serviriam como sucata. Nestes termos, o aresto entendeu que "portanto a conjunção da inutilidade para o demandante de suas próprias pretensões e o seu caráter prejudicial para o réu evidenciou-se à Corte como prova da intenção de prejudicar."¹⁶⁴

O teor de decisões como estas, que se delinearam no espaço jurídico francês são suficientes para revelar os limites dessa jurisprudência precursora. Trata-se do resultado de um sistema assentado sobre o método exegético, que

¹⁶³ "Art. 1875 Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi."

¹⁶⁴ Tradução livre de: "Donc la conjonction de l'inutilité pour le demandeur de ses propres prétentions et de leur caractère préjudiciable pour le défendeur est apparue à la Cour comme la preuve de l'intention de nuire." (DURRY, Georges. **Jurisprudence française en matière de Droit Civil**. Paris, t. 72, 1974, p. 152-153)

amparava-se na identidade entre a lei e o Direito, traduzida pela inexistência de lacunas. Isto pautou a atividade do juiz a uma interpretação de índole "lógico-formal", revelando o abuso do direito por critérios subjetivos, isto é, a existência da intenção de prejudicar. Nestes termos, sua atividade é reduzida a uma mera subsunção, que acaba por enquadrar a referida figura nos termos do artigo 1382, como ato ilícito.

O perfil dessa jurisprudência, ainda revela resistências expressas por um sistema individualista, encontrado pelo solidarismo que inunda o Direito.¹⁶⁵ A este quadro, a jurisprudência brasileira não se manteve alheia, ao contrário, revelou-se como um reflexo daquelas decisões, não obstante somente mais tarde, fizessem-se presente entre nós.

Em atenção a esta idéia, nas primeiras décadas do século XX, os tribunais brasileiros apresentam uma jurisprudência farta em torno do abuso do direito. Não são poucas as decisões que o configuram, especialmente no direito de propriedade, em meio às relações de vizinhança e no direito de demandar. Tratam-se de decisões em conformidade com a primeira fase de pensamento do tema, circunscrita ao âmbito dos direitos subjetivos de caráter patrimonial.

Entretanto, no que diz respeito aos contratos, verifica-se nesta época, a mesma resistência dos tribunais franceses, em reprimir o abuso do direito. Em se tratando de um sistema assentado sobre o dogma da autonomia da vontade, negava-se a ocorrência do ato abusivo em matéria contratual.

Em conformidade com este entendimento, assim se firmou o *Tribunal de Apelação de São Paulo*, em 7 de dezembro de 1938, delineando o caráter "absoluto" de direitos conferidos pelo contrato:

Abuso de direito - Da sua existência na rescisão dos contratos - Compreensão da matéria - Empreitada com cláusula rescisória *ad nutum* - Aplicação do art. 160, n.º I do Código Civil. É válida a rescisão de contrato, firmado a título precário, mesmo não havendo qualquer motivo legítimo que a justifique; não ocorre assim o abuso de direito em matéria contratual. Nº 1.528 - Capital - Apelante: Augusto Cesar Antunes (1) - Apelados: Fazenda do Estado e outros - (3º ofício).¹⁶⁶

¹⁶⁵ LEVI, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível n. 1528. Relator: Cunha Cintra. São Paulo, 7 dez. 1938. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 120, n. 470, a. 28, jul. 1939, p.

Em sua decisão, o tribunal entendeu não se configurar o abuso do direito, pois o contratante teria usado normalmente de seu direito de rescisão. Não acolheu a falta de "motivo legítimo" alegado pelo apelante, pelo fato de que "o contrato deixou às partes contratantes o direitos de rescindi-lo livremente, uma vez fôsse dado o aviso prévio de 15 dias".¹⁶⁷

Verifica-se, então, a concepção do direito de rescindir o contrato como não passível de abuso, pois ele não estaria subordinado à existência de qualquer "motivo legítimo", como propunha a teoria de Josserand. Mas traduzir-se-ia em um direito potestativo, lícitamente concedido às partes pelo contrato, sujeito à liberdade. Tratam-se de decisões que preservam o dogma da autonomia da vontade, sem considerar os prejuízos advindos para um dos contraentes.

Nos tribunais brasileiros, encontrou destaque, a discussão sobre a configuração do abuso do direito de purgar a mora por parte do locatário, encontrando-se decisões em ambos os sentidos, tornando sua inadmissibilidade, por vezes, como tese vencedora.¹⁶⁸ Neste sentido, mostra-se como elucidativa a discussão travada no recurso extraordinário n. 80.798-GB, no Supremo Tribunal Federal: "Locação. Reiteradas purgações da mora podem configurar abuso de direito ensejador de despejo. Precedentes do Supremo Tribunal. Recurso conhecido e provido."¹⁶⁹

A inadmissibilidade do abuso restou configurada pela impossibilidade de se configurar como ilícito o direito de purgar a mora: "...não considero abuso o exercício lícito de uma faculdade oferecida pela lei, que já sanciona o seu

201-205.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 204.

¹⁶⁸ A atual lei de locações, em seu artigo 62, parágrafo único, estabelece um limite para o direito de purgar a mora, tornando possível a configuração do abuso em seu exercício, cuja redação é a seguinte:

"Nas ações de despejo fundadas na falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação, observar-se-à o seguinte:

[...]

Parágrafo único. Não se admitirá a emenda da mora se o locatário já houver utilizado essa faculdade por duas vezes nos doze meses imediatamente anteriores à propositura da ação."

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.798 - GB. Relator : Min. Xavier de Albuquerque, Brasília, 07 mar. 1975. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 73, jul. 1975. p. 328.

beneficiário com o *quantum* de adição, como um abuso de direito mas o seu exercício regular, além de se constituir numa causa de despejo que não está prevista em lei."¹⁷⁰

Entre outras decisões que desconsideravam esta hipótese de abuso, encontramos no Supremo Tribunal Federal, em 07 de janeiro de 1955, no recurso extraordinário n. 27.222: "Não comete abuso de direito o locatário, que purga a mora exercendo várias vezes a faculdade concedida no art. 15, parágrafo 1 da Lei nº 1300 de 28 de dezembro de 1950."¹⁷¹

Esta resistência não poderia persistir, mas a recusa de se proibir o abuso em tais casos, gerou uma concepção restrita da figura, em conformidade com o papel também restrito, que se atribuía à atividade judicial, traduzida pelo critério subjetivista, quando presente a culpa e o dolo. Trata-se de discussão trazida à lume, ao invocar-se como contrário ao Direito e à moral, em acórdão proferido pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, em Apelação nº 10.736 de 02 de agosto de 1955:

Despejo - Falta de pagamento - Inquilino relapso - Sucessivas purgações da mora - Abuso de direito caracterizado - Ação procedente.

Abuso de direito - Inquilino impontual que forçou o locador a propor oito ações de despejo - Sucessivas purgações da mora - Exercício anormal de direito - Ação procedente.

A purgação da mora, em si, não constitui ato ilícito, sendo, antes, medida de equidade prevista em lei (Código Civil, art. 959). Mas, como medida de exceção, não se justifica, perante o direito e a moral, se transforme em maneira habitual para cumprir-se a obrigação.¹⁷²

O teor dessas decisões, revelam uma construção jurisprudencial de abuso do direito ainda incapaz de romper com os princípios que delineavam a concepção tradicional de contrato. Assim, apresentavam-se os princípios do consensualismo, do *pacta sunt servanda*, e da relatividade dos efeitos dos contratos, todos afeitos ao dogma da autonomia da vontade.

Em meio a este cenário, não se ultrapassou uma concepção subjetivista de

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 329.

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 27.222. Relator: Hahnemann Guimarães. **Diário de Justiça da União**, Brasília, p. 04214, 19 abr. 1956.

¹⁷² SÃO PAULO. Tribunal de Alçada de São Paulo. Apelação Cível nº 10.736. Relator: R. F. Ferraz de Sampaio. São Paulo, 02 ago. 1955. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 241, a. 44, nov. 1955. p. 521.

abuso do direito, presente nas várias fases da contratação, em que se expressam a liberdade de contratar e a liberdade contratual. Nesta perspectiva, as decisões ora esboçadas, apresentam-se como um reflexo daquelas encontradas anteriormente nos tribunais franceses. E nisto já se verificava um descompasso: enquanto nossas decisões encontravam-se afeitas às tendências subjetivistas, à jurisprudência e doutrina, em sede comparada, esforçavam-se por destacar o abuso do direito enquanto teoria autônoma.¹⁷³ E de tal modo que, entre nós, a concepção subjetivista tornou-se tese vencedora em nossos tribunais, mantendo-se incólume, não obstante, as transformações delineadas sob as vestes de uma nova teoria contratual.

Assim, encontra-se a decisão do Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo, em Apelação nº 334.497, de 01º de setembro de 1992:

Despejo - Uso de ascendente ou ascendente - Notificação efetuada - Posterior acordo das partes - Ajuizamento da retomada logo após - Atitude maliciosa a caracterizar abuso de direito - Inadmissibilidade.

Representa indiscutível abuso de direito, a atitude maliciosa do locador que notifica o inquilino por necessitar do imóvel para uso de descendente, celebra acordo majorando o aluguel e fixando novo prazo e ajuíza a ação de despejo no primeiro dia do mês em que o novo locativo passa a vigorar, percebendo, no seu curso, remuneração superior àquela até então devida.¹⁷⁴

Ao invocar a atitude "maliciosa" do locador, esta decisão resolve através da concepção subjetiva, um caso típico de *venire contra factum proprium*.¹⁷⁵ Há nisto, um paradoxo: os tribunais ainda resolvem por um critério, atualmente propugnado como superado, os casos de abuso do direito, em meio à nova teoria contratual,

¹⁷³ Neste sentido encontra-se Pedro Baptista MARTINS: "O contraste entre a evolução do direito e as tendências subjetivistas dos nossos tribunais ainda mais avultará se acentuar que, enquanto a jurisprudência brasileira procura degradar o abuso do direito à condição medieval de ato emulativo, a jurisprudência e a doutrina estrangeiras batem-se pela sua emancipação, procurando destacá-lo como teoria autônoma." (*Op. cit.*, p. 115)

¹⁷⁴ SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação Cível nº 334.497. Relator: Juiz Antônio Marcato. São Paulo, 01º set. 1992. JUIS- Jurisprudência Informatizada Saraiva. São Paulo, edição nº 21, 3º trim., 2000. 1 CD-ROM

¹⁷⁵ Assim afirma Judith MARTINS-COSTA: "...os casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, estão ainda ancorados numa perspectiva subjetivista, marcada pela relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como sua mais importante projeção". (*A boa-fé...*, p. 456)

delineada pelo manto constitucional. E o significado deste paradoxo talvez encontre justificativa, no fato de que ainda nos encontramos afeitos a um sistema, cuja base assenta-se no princípio da autonomia privada, a qual não se encontra destituída deste lugar fundamental, pelo princípio da boa-fé.

4.2.2 O Acolhimento do Critério Finalista do Abuso do Direito na Jurisprudência

O perfil de uma construção jurisprudencial sobre abuso do direito, não se manteve restrito aos critérios subjetivos que o determinavam apenas quando presente a intenção de prejudicar somada à ausência e motivos legítimos. Logo se verifica por parte dos tribunais, a insuficiência deste critério, transpondo o tema para concepções objetivas. Assim se passou com a jurisprudência francesa, face ao impulso proporcionado pelas teses finalistas, que se afastam, em parte, do elemento vontade ao colocar em destaque o elemento interesse. Trata-se da tradução encontrada por uma interpretação finalista, que começava a se esboçar para o Direito, representada pela Jurisprudência dos Interesses, em superação ao "formalismo" da Jurisprudência dos Conceitos e da Exegese.

Autores como CAMPION já se reportavam ao reconhecimento por um critério mais amplo de ato abusivo, sob as vestes da "ruptura dos interesses em presença", o qual estaria reconhecido pela jurisprudência.¹⁷⁶ Mas encontrou maior destaque, a formulação teórica de JOSSERAND, por se tornar representante de um momento de transição da teoria do abuso do direito. Sua teoria finalista, formulada sob a violação do espírito do direito, encontrou fundamento por parte da jurisprudência.¹⁷⁷

Nesta perspectiva, apresentam-se as decisões que vêm a confirmar semelhantes proposições, por não se pautarem mais na presença da intenção de prejudicar. Neste sentido, despertou grande interesse da doutrina, a decisão da 3ª Câmara Civil de 12 de outubro de 1971, em França, comentada por Georges

¹⁷⁶ CAMPION, *op. cit.*, p. 307.

¹⁷⁷ JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927. p. 372.

DURRY:

O adquirente de uma panificadora cujo forno estava em mau estado, declarou no ato de aquisição, fazer as reparações necessárias. No entanto, também se estipulou que quando o panificador quisesse instalar um novo forno, estaria subordinado à autorização do proprietário do imóvel, o locador. No entanto, houve a recusa por parte deste último, e o locatário pleiteou perdas e danos por considerá-la como abusiva, respondendo a Corte de apelação, favoravelmente: "considerando que a transformação promovida seria vantajosa para a proprietária, a qual não manteria sua recusa, a não ser por egoísmo e teimosia, portanto abusando de seu direito."¹⁷⁸

A terceira Câmara Civil estimou que, para esta decisão, faltaria base legal, pois ela teria estatuído que todos admitem que (a proprietária) não teria agido com intenção de prejudicar sem pesquisar se esta recusa teria sido oposta de má-fé ou com uma leviandade reprovável.

A novidade desta decisão, resultou justamente em se configurar o abuso do direito, fora da comprovação de qualquer existência de intenção de prejudicar, mas atendo-se apenas à falta de motivos sérios.

Em perspectiva semelhante, e conferindo um novo tratamento para um mesmo caso, decidido em páginas anteriores, pelos tribunais franceses com base em critérios subjetivos, encontramos a decisão da *Corte de Cassação* de 10 de fevereiro de 1987.

Trata-se de um comodado entre a sociedade *Bel Air Auto* e a sociedade Total, sendo que aquela deveria restituir para esta, ao fim de suas relações, material para exploração de um posto de gasolina, dentre os quais, reservatórios enterrados sob a pista do posto. A sociedade *Bel Air Auto* ofereceu reservatórios novos com as mesmas características daqueles que foram emprestados, os quais o comodante não aceitou. A Corte proferiu sua decisão nos seguintes termos:

"Declaram abusiva a ação da sociedade Total com vistas a obter a

¹⁷⁸ Tradução livre de: "...considérant que la transformation projetée était avantageuse pour la propriétaire, laquelle ne maintenait son refus que par égoïsme et entêtement, donc en abusant de son droit." (DURRY, Georges. *Jurisprudence française en matière de droit civil*. Paris, v. 19, 71^o anée, abril./juin., 1972, p. 396)

restituição *in natura* dos reservatórios utilizados pela sociedade *Bel Air*, sem constatar nenhuma intenção de prejudicar, nem má-fé, nem leviandade reprovável, a Corte de Apelação não justificou legalmente sua decisão em relação ao artigo 1382 do Código Civil." Mas entendeu que semelhante "atitude da sociedade Total seria desvantajosa a si mesma, e conduziria a uma situação absurda e à efeitos fora de medida com o interesse do litígio."¹⁷⁹

Por esta decisão é possível ver como a jurisprudência francesa decidiu de modo diverso a respeito do abuso do direito, mas em caso idêntico ao mencionado em páginas anteriores, o que se traduz em um desvio do critério subjetivo, orientando-se para o interesse que estava em litígio, reportando-se portanto, para um critério objetivo.

Em conformidade com esta ordem de idéias, também o momento de resilição do contrato mereceu tratamento diverso, como se pode constatar pelo aresto da Primeira Câmara Civil, em França, em 3 de junho de 1997:

A sociedade imobiliária do departamento da *Réunion* (SIDR) e a sociedade *Cabinet Mercure* concluíram três contratos de mandato, cada um com duração de um ano, renovável por recondução tácita, pelos quais a segunda se engajaria a comercializar os imóveis da primeira. Também se estipulou que seria rescindível a qualquer momento, por iniciativa de uma das partes, mediante um pré-aviso de um mês para o primeiro e o terceiro, e de três meses para o segundo. A SIDR resiliu em seguida os três contratos, e a sociedade *Mercure* citou-a em pagamento de diversas comissões e indenização pelo rompimento.

Os juízes de primeira instância indeferiram esta última pretensão, sob o argumento de que " 'o pagamento de uma soma em dinheiro a título de ruptura não pode ser fundamentado senão sobre o caráter abusivo da resilição, caracterizada pela demonstração de uma vontade de prejudicar'" e que "'mesmo feita por motivos

¹⁷⁹ Tradução livre de: "...déclarant abusive l'action de la société Total tendant à obtenir la restitution en nature des cuves utilisées par la société Bel Air, sans constater ni intention de nuire, ni mauvaise foi, ni légèreté blâmable, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil. [...] l'attitude de la société Total était désavantageuse à celle-ci, conduisait à une situation absurde et à des effets hors de mesure avec l'intérêt du litige". (SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna. **Jurisprudance française: Droit des contrats**, nº 5, Paris: Litec, 1989. p. 502-503)

errôneos ou falsos, não estabelecidos pela vontade de prejudicar." ¹⁸⁰ Já a primeira Câmara Civil censurou esta decisão, com base nos artigos 1134 e 1184 ¹⁸¹ do Código Civil: "o abuso na rescisão de um contrato não resulta exclusivamente da vontade de prejudicar daquele, o qual rompeu com a avença, a corte de apelação violou os textos supracitados" ¹⁸².

As decisões referidas estão a demonstrar que a jurisprudência francesa despe-se gradativamente do critério subjetivo pautado na intenção de prejudicar, sendo esta substituída pela falta de motivos sérios ou desvio dos interesses em jogo. Estas últimas opções revelam claramente a concepção finalista, cunhada por Josserand. Em sua teoria, o desvio de finalidade revela-se pela falta de motivos legítimos, realidade que já encontramos consagrada no primeiro caso citado, e pela falta de correspondência com o interesse visado, como no segundo caso.

Mas há nestes elementos, de acordo com as críticas deferidas à essa concepção, uma investigação de índole subjetiva, evidenciando que está presente no teor destes julgados, um momento de transição para concepções objetivas, uma vez que elas não se libertam totalmente do voluntarismo jurídico.

Esta construção jurisprudencial não escapou ao Direito brasileiro, ao contrário, encontrou receptividade em nossos tribunais e de tal modo, a compor um quadro curioso. Em uma época em que a jurisprudência ainda pautava-se em critérios subjetivos para determinação do abuso do direito, o critério finalista encontra lugar entre nós. Com efeito, torna-se relevante em matéria de locação, a

¹⁸⁰ Tradução livre de: *"le versement d'une somme d'argent au titre de la rupture ne peut être fondé que sur le caractère abusif de la résiliation, caractérisé par la démonstration d'une volonté de nuire" [...] même faite pour des motifs erronés ou fallacieux, n'établit pas la volonté de nuire.*" (MESTRE, Jacques. *Jurisprudence française en matière de Droit Civil*. Paris, n. 4, oct.-déc., 1997. p. 935-936)

¹⁸¹ *"Art. 1184 La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.*

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."

¹⁸² Tradução livre de: *"... l'abus dans la résiliation d'une convention ne résulte pas exclusivement de la volonté de nuire de celui qui résilie, la cour d'appel a violé les textes susvisés."* (MESTRE, Jacques. *Jurisprudence française en ...*, p. 935-936)

decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário nº 81.902-RJ, de 18 de novembro de 1977, por não proceder à qualquer menção sobre a intenção de prejudicar, delineando uma concepção finalista fundamentada no interesse:

Abuso de direito. Locação de prédio não residencial.

1) Locador que é, ao mesmo tempo, sócio da sociedade locatária. Autonomia subjetiva da sociedade em relação aos sócios. Não quebra esse princípio decisão que considerou o substrato da sociedade, para definir a posição de um dos sócios - o locador -, para verificar se este incorria em violação da norma do art. 1363 do Código Civil, segundo o qual celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar esforços ou recursos, para lograr fins comuns.

2) Não contravem ao artigo 4º, III, combinado com o art. 3º, do Decreto-lei 4, decisão que, sem negar que o locador pode retomar o imóvel, por não lhe convir continuar a locação, reputa, no caso, eivada de abuso de direito a ação de despejo, em que o autor é sócio da locatária, uma vez que, segundo o exame dos fatos, o despejo tinha por fim destruir a sociedade ou empobrecê-la, desmora-la, afligi-la economicamente.

3) Recurso extraordinário não conhecido.¹⁸³

Trata-se de sociedade comercial, a qual encontrava-se estabelecida em imóvel pertencente a um de seus sócios, configurando-se este como locador daquela. Este último pleiteou a retomada do imóvel através de ação de despejo, direito este que, ao ser exercido, configurou-se como abusivo. Eis que o mencionado despejo tinha por fim, "destruir a sociedade ou empobrecê-la, desmora-la, afligi-la economicamente." Para isto, não se fez qualquer menção à intenção de prejudicar, mas revelou-se significativo o interesse da sociedade contra a qual, restou configurado que agira:

Mas, integrando o autor uma sociedade de pessoas, como o é a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, [...] assumiu para com esta sociedade determinadas obrigações, comuns a todos os sócios, dentre as quais avulta a obrigação primária de não atuar contra os interesses da mesma. [...] Todavia, ainda que assim não se considere, não pode o autor, pelo menos antes que prove a sua dissolução, agir contra os interesses diretos da sociedade que integra, retomando-lhe justamente os imóveis que ocupa com o seu estabelecimento comercial, alma, portanto do seu negócio.^{184 185}

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 81.902-RJ, 2ª turma. Relator: Min. Leito de Abreu. Brasília, 18 nov. 1977. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília v. 85, ago. 1978. p. 570.

¹⁸⁴ *Ibidem.*, loc. cit.

¹⁸⁵ Fernando NORONHA inclui este caso, entre as categorias de exercício abusivo de direitos,

Assim, sob a égide do traçado teórico de Josserand, consubstanciado no desvio de finalidade social ou econômica do direito, passam a se revelar as decisões dos tribunais brasileiros. Entretanto, tais decisões ainda continuam a configurar o abuso do direito como mero ato ilícito, o que esvazia a mencionada figura de toda sua autonomia dogmática, como encontra-se esboçado na decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em Apelação nº 30.182, de 21 de março de 1986:

Locação - Imóvel comercial - Retomada para uso de sociedade - Destinação diversa - Abuso de direito, pela insinceridade do pedido - *Ato ilícito configurado* - Indenização devida - Inteligência e aplicação dos arts. 159 e 160 do CC - Inaplicabilidade dos arts. 39 da Lei 6.649/79 e 20 e 21 do Dec. 24.150/34

Locação comercial. Retomada. Insinceridade do pedido. Abuso de direito. Art. 159 do CC. *A retomada de imóvel comercial fundada em pedido insincero constitui típico caso de abuso de direito, pois o agente deixa de considerar o fim social pretendido pelo legislador e, embora aja dentro das prerrogativas que a lei lhe confere, pratica ato ilícito, surgindo daí o dever de reparação contido no genérico preceito do art. 159 do CC.* [grifo nosso] ¹⁸⁶

A decisão entendeu que embora os locadores tenham exercido legitimamente o direito de retomada, com base na Súmula 486, agiram com "deslealdade". Eis que ao obterem a devolução do imóvel, locaram-no para terceiros, para escapar ao arbitramento equitativo de novo aluguel por via judicial. Assim, entendeu que "apresenta-se-me a espécie como típico caso de abuso do direito, dada a anormalidade de seu exercício e levado com fins egoísticos...". ¹⁸⁷ Ao invocar a "deslealdade" a decisão implicitamente remete-se à boa-fé que, no entanto, não foi compreendida em seu caráter objetivo, mas sim em seu caráter subjetivo, ao ser contraposta à má-fé, pela falta de sinceridade do pedido.

A recepção da orientação finalista nos tribunais brasileiros, ainda encontra tradução, em um tratamento diverso que passa ser conferido aos casos de rescisão do contrato. Se antes, sob a ótica da jurisprudência, sua configuração restava

como uma desvio de direitos, o qual ocorre quando o titular exerce seu direito para alcançar finalidade não protegida, diversa daquelas autorizadas pelo ordenamento jurídico. (*Op. cit.*, p. 178)

¹⁸⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível nº 30.182, 2ª Câmara. Relator: Juiz Caetano Carelos. Belo Horizonte, 21 mar. 1986. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 621, a. 76, julho de 1987. p. 206.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 207.

inadmissível, agora ela torna-se presente em decisões como a proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em Embargos Infringentes nº116.091/01, em 02 de abril de 1992:

Transporte - Contrato exclusivo - Rescisão unilateral - Abuso de direito - Indenização - voto vencido - Configura abuso de direito o rompimento unilateral e imotivado de contrato de transporte e distribuição com exclusividade, ainda que verbal, sendo devida a indenização por danos - Não há que se falar em ressarcimento, se não comprovada a ocorrência de dano pela aquisição de equipamento para a execução dos serviços contratados.
V.V. - Rescindido unilateralmente o contrato de exclusividade. Pressupõe-se o dano se a avença exigiu da firma contratada a aquisição de equipamentos essenciais que só podem ser utilizados para aquela finalidade.¹⁸⁸

A consagração da proibição do abuso do direito, delineada por decisões como esta, encontra significado com o rompimento de uma concepção de "soberania absoluta" do contrato. Com efeito, a liberdade contratual recebe novo tratamento por parte da jurisprudência, não mais condicionado ao dogma da vontade, mas cada vez mais permeado pelos fins e valores que os institutos privados devem cumprir. Nesta perspectiva, a boa-fé passa a figurar nos debates que permeiam o abuso do direito, como lhe fez referência, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em Embargos Infringentes nº 118.331-1, em 27 de fevereiro de 1991:

Contrato - fornecimento e comodato - contrato com caráter de adesão com duração de 5 anos - Inadimplência - Cobrança - Inadmissibilidade - Fornecedora que não denunciou o contrato no primeiro trimestre do quinquênio, em que teria ocorrido a inadimplência inicial - Patente o abuso de direito e ausência de boa-fé - Impossibilidade de vinculação *ad aeternum*, a um contraente que insiste em não agir de imediato contra o adquirente faltoso, para impedir execução menos onerosa para este - Embargos rejeitados.¹⁸⁹

É à apreciação de decisões como esta, que se dedicam as próximas páginas.

¹⁸⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Embargos Infringentes (CV) nº 0116091-0/011(Processo principal: 160910), 5ª Câmara Cível. Relator: Juiz José Marrara. Belo Horizonte, 02 abr. 1992. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 48, ano XIX, p.320-334, jul./set., 1992.

¹⁸⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo, Embargos Infringentes 118.331-1. Relator: Fonseca Tavares. Guarulhos, 27 fev. 1991. **JUIS** - Jurisprudência Informatizada Saraiva. São Paulo, edição nº 21, 3º trim., 2000. 1 CD-ROM.

4.2.3 O Abuso do Direito como Violação à Boa-fé e sua Recepção pela Jurisprudência

À época em que se delineava a construção jurisprudencial francesa em torno do abuso do direito sob a égide de concepções subjetivas e finalistas, nas cortes germânicas, encontra-se o desenvolvimento das formas de "exercício inadmissível de posições jurídicas", pautando-se em critérios objetivos. Trata-se do resultado da contraposição de dois sistemas: o primeiro afeito ao dogma da vontade e, o segundo, distanciado desta, vinculado ao princípio da boa-fé.

Logo após a entrada em vigor do BGB, promovem-se tentativas de despi-lo de sua "dureza individualista".¹⁹⁰ As transformações econômicas e sociais que invadiram a Alemanha, logo após ser colocado em vigência, exigiram "novas soluções para situações novas",¹⁹¹ de tal modo, a desencadear um movimento jurisprudencial que teve por alcance a "transformação da moral económica liberal numa outra adequada às idéias de estado social."¹⁹²

Para isso, os juízes serviram-se das cláusulas gerais, deixadas no BGB pela Pandectística, encontrando-se sobretudo no parágrafo 242, uma configuração totalmente nova ao princípio da boa-fé, ao estabelecer: "O devedor é obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé e os bons costumes."¹⁹³ Em conformidade com esta prática jurisprudencial, o parágrafo 242 apresenta-se como "a norma essencial na luta contra o exercício abusivo dos direitos."¹⁹⁴ "Ele encarou-o não já como corretivo e princípio interpretativo do conteúdo da relação obrigacional, mas como fundamento unitário da própria obrigação, de modo a que todas as restantes prescrições do direito das obrigações aparecem apenas como emanações deste

¹⁹⁰ WITZ, Claude. **Droit privé allemand**. 1. Actes juridiques, droits subjectifs. BGB Partie générale. Loi sur les conditions d'affaires. Paris: Litec, 1992. p. 35.

¹⁹¹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 591.

¹⁹² *Ibidem*, p. 596.

¹⁹³ MENEZES CORDEIRO. **Da boa fé...**, p. 325.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 522.

princípio."¹⁹⁵

O recurso a este dispositivo no Direito germânico, justifica-se diante de sua amplitude,¹⁹⁶ pois permite considerar como "inadmissível" ou "abusivo", o exercício de um direito que não tenha por único escopo causar dano a outrem, ou afirmar a sobrevivência da *exceptio doli*. Embora o BGB contenha previsões nos parágrafos 157, 226 e 826 a seu respeito, é no parágrafo 242 que esta construção jurisprudencial vai encontrar sua base normativa.¹⁹⁷

Assim, apresentam-se os casos consagrados pela jurisprudência alemã, sob o adágio *venire contra factum proprium*, o qual consiste no comportamento do titular de um direito em contradição com uma atitude adotada anteriormente e na qual a outra parte confiava.¹⁹⁸

Em conformidade com esta idéia, apresenta-se a decisão do BAG de 8 de junho de 1972: um trabalhador pretendia despedir-se, ao que encontrou oposição de seu empregador. Após um mês, o empregador, alegando mau estado da empresa, despede-o. O BAG entendeu tratar-se de um caso de violação da boa-fé por *venire contra factum proprium*, uma vez que à época do primeiro comportamento (a recusa de demissão) já estavam cientes do mau estado da empresa, contraditando o segundo comportamento.¹⁹⁹

Esta decisão serve para demonstrar que esta nova configuração do abuso sob as vestes da boa-fé, também se fez presente nas relações de trabalho, tal qual nas concepções subjetivas de construção jurisprudencial francesa. Esta similitude de origens, para ambas as tradições, no que se refere ao abuso do direito, conforma

¹⁹⁵ WIEACKER. *História...*, p. 608.

"La théorie de la disparition du fondement contractuel (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) qui permet au juge de réviser le contrat lorsque le bouleversement des circonstances rend l'exécution de celui-ci insupportable pour l'une des parties, la protection du cocontractant qui se voit imposer des conditions générales d'affaires abusives, l'exercice abusif de droits trouvent leur ancrage dans le § 242 BGB." (WITZ, *op. cit.*, p. 36)

¹⁹⁶ CATTANEO, Giovanni. Bona fede obbiettiva e abuso del diritto. *Rivista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile*. Milano, a. 25, 1971. p. 614.

¹⁹⁷ CATTANEO, *op. cit.*, p. 613

¹⁹⁸ WITZ, *op. cit.*, p. 525.

¹⁹⁹ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 747 ; WITZ, *op. cit.*, p. 525.

a promoção de um desenvolvimento que encontra-se afeito às transformações econômicas.

Também mostra-se relevante a decisão do *Ag Münster* de 21 de março de 1972 em contrato de locação:

O locador assegurou ao locatário que este poderia permanecer no local até certa data. No entanto, antes que esta se verificasse, o locador promoveu a rescisão contratual, contrariando sua conduta anterior.²⁰⁰

Essa modalidade de abuso do direito ainda revela-se em sub-categorias que, embora fundamentem-se na mesma idéia de proibição ao *venire contra factum proprium*, são dotadas de certa autonomia.²⁰¹ No entanto, a classificação das diversas categorias de casos jurisprudenciais não é intangível, pois em um mesmo caso, pode se revelar mais de uma categoria.²⁰²

Em uma época em que a jurisprudência francesa desenvolvia os primeiros traços da figura do abuso do direito, resgatando a *emulatio* do direito medieval, algo semelhante desenvolve-se nos tribunais germânicos, reportando-se ao instituto medievo da *verwirkung*.²⁰³ Eis a decisão do *ROHG* de 8 de abril de 1873, que MENEZES CORDEIRO delineia como *supressio*.

Em contrato de fornecimento, o comprador queixa-se da má qualidade dos produtos, ao que o vendedor responde, pedindo provas dos defeitos alegados e suspendendo seu fornecimento. O comprador não responde e, após dois anos, exige o cumprimento do contrato, cuja resposta do tribunal se firmou nos seguintes termos: "um tal procedimento é totalmente inconciliável com a boa-fé, tal como é requerida no tráfego comercial."²⁰⁴

Por este julgado, avulta-se o papel relevante da boa-fé, desempenhado no espaço jurídico alemão, em uma época em que o BGB ainda não encontrava

²⁰⁰ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé*..., p. 747.

²⁰¹ WITZ, *op. cit.*, p. 525.

²⁰² *Ibidem*, p. 522.

²⁰³ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé*..., p. 800.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 799.

vigência. Trata-se de uma jurisprudência comercial alemã, que atuou para o desenvolvimento da boa-fé objetiva, posteriormente recepcionada pelo BGB.²⁰⁵

Nos tempos presentes, encontramos o reflexo desta historicidade na casuística dos tribunais alemães sob a forma de *verwirkung* enquanto princípio derivado do *venire contra factum proprium*, em decisão proferida pelo BGH de 7 de julho de 1965.

Um hotel foi objeto de locação pelo prazo de vinte anos, cujo aluguel deveria ser calculado segundo o número de negócios, cujo mínimo seria de 2500 DM. O locatário assim pagou os aluguéis, durante vários anos, em montante inferior a 2500 DM, sem qualquer oposição do proprietário. Posteriormente, este veio a reclamar a diferença de todo o período transcorrido. Embora a prescrição não tivesse operado quanto aos aluguéis dos últimos quatro anos, o tribunal admitiu a decadência desta pretensão.²⁰⁶

A atuação da jurisprudência alemã, na repressão do *venire contra factum proprium*, encontrou afirmação na regra do *tu quoque*, em decisões cujo teor, constata-se nos termos proferidos pelo RG em 10 de dezembro de 1935:

a violação positiva do contrato, dá segundo o § 325 BGB, um direito à rescisão do contrato. Mas, antes dessa violação praticada pelo A., já a R. estava em mora, pois não tinha efectuado as prestações vencidas. Isto tem por efeito que ela não tenha qualquer direito à rescisão do contrato pela violação positiva; tal direito, segundo jurisprudência constante do RG, assiste apenas à parte que tenha, ela própria, cumprindo exactamente o contrato e lhe seja fiel.²⁰⁷

A mesma regra, ora esboçada, vem traduzida em outros ordenamentos jurídicos, sob outras variantes. No direito da *common law*, há o instituto da *estoppel* que é equivalente ao princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*. "Na tradição inglesa, *stoppel* significaria exatamente impedimento, significava que era velado a uma pessoa (*to be stopped*) colocar-se em contradição com sua conduta anterior, quando essa conduta criou na contraparte um estado desconfiança e,

²⁰⁵ Cf. MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 209 *et seq.*

²⁰⁶ WTZ, *op. cit.*, p. 527; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O princípio geral da boa-fé como regra de comportamento contratual. In: _____. **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. p. 46.

²⁰⁷ MENEZES CORDEIRO. Da boa fé ..., p. 840.

assim, esta foi induzida a tomar disposições que agora reverteriam em seu prejuízo."²⁰⁸

No Direito argentino, há a *teoría de los actos propios* que encontra receptividade no Código Civil daquele país, em dispositivos que sancionam a inadmissibilidade de voltar contra atos próprios (arts. 1071 e 1198²⁰⁹).²¹⁰

Sob a denominação de desequilíbrio no exercício de direitos, nos tribunais alemães, o abuso do direito encontra fundamento na "ausência para o titular de um direito, de interesse digno de proteção."²¹¹ Os casos decididos sob sua égide, guardam similitude com as soluções da jurisprudência francesa, ao se configurar como inútil o exercício de um direito danoso.

Assim, o *LG Kassel* de 25 de maio de 1970, entendeu abusiva a exigência de um locador para que o locatário realizasse trabalhos de renovação, cujas circunstâncias os tornaram inúteis.²¹²

Na mesma perspectiva, sob a alegação de que *dolo agit que petit quod statim redditurus*, manifestando abuso do direito quem exige algo que deverá restituir, como decidiu o *BGH* de 9 de fevereiro de 1960: "O adquirente pode recusar pagar o preço se ele é titular de um direito de redibição da venda e que ele está também em direito de reclamar a restituição do preço após a declaração de

²⁰⁸ MUNIZ. O princípio geral da boa-fé ..., p. 45.

²⁰⁹ "Art. 1198 - Los contratos deben celebrar-se, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales commutativos y en los unilaterales onerosos y commutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos. No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en ora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato."

²¹⁰ MARTINS-COSTA. Da boa-fé..., p. 462.

²¹¹ WTZ, *op. cit.*, p. 524.

²¹² MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., p. 855.

redibição. " ²¹³

Na desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto à outra parte pelo exercício de um direito, revela-se a forma mais importante desta submodalidade de desequilíbrio no exercício de direitos.

O dado jurisprudencial alemão a respeito da boa-fé objetiva não passou despercebido pelos demais sistemas.²¹⁴ Neste sentido, pode ser citada a jurisprudência suíça que, em face do artigo 2º do Código Civil, foi possível delinear a figura do abuso com fundamento no princípio da boa-fé. Deste modo, encontraram recepção, as submodalidades de *venire contra factum proprium*, como a *verwirkung*.²¹⁵

No entanto, é à figura da inalegabilidade de nulidades formais, desenvolvida nos tribunais germânicos, que ora se faz referência, em orientação desenvolvida pelo Tribunal Federal Suíço. Assim, encontram-se decisões nas quais se considerou contrário às regras da boa-fé, a atitude de contestar a validade de um contrato, que já estava sendo executado em conformidade com a vontade real das partes, ou que,

²¹³ WITZ, *op. cit.*, p. 524.

²¹⁴ Até mesmo em França, a jurisprudência não se manteve imune à boa-fé, encontrando-se decisões, como a da Corte de Cassação, em 31 de janeiro de 1995: em 1975, um casal adquiriu uma casa com a ajuda de um empréstimo no valor de 200.000 F, restituível em quinze anos. Em outubro de 1983, o marido achou-se desempregado, em face do que, obteve uma dilação do prazo para pagamento das prestações seguintes, até fevereiro de 1984. Ocorre que em janeiro de 1984, o Banco avisa por carta, que ele se encontra na obrigação de exigir o reembolso antecipado e integral de seu crédito. Ele não usa imediatamente esta medida, e o casal paga o principal do saldo do empréstimo. Mas, em 2 de julho de 1990, notifica o casal para que pague 91.434F correspondentes a juros e penalidades de atraso. A Corte de Cassação entendeu, em face do art. 1134, 3, que a cláusula resolutória era privada de efeito por má-fé do credor, portanto, contrária à boa-fé, exigindo-se certa proporcionalidade entre a falta e a sanção. (MESTRE, Jacques. *Jurisprudence française en matière de droit civil*. Paris, (30) p. 623-624, juil./setp., 1995)

²¹⁵ "Anche in Svizzera all'inizio si fu proclivi a ricorrere alla nozione di rinuncia tacita per giustificare l'idea che la negligenza nell'esercizio del diritto, se crea l'affidamento che il diritto non sarà più esercitato, può precludere l'azione a difesa del diritto non sarà più esercitato, può precludere l'azione a difesa del diritto stesso. Ma ben presto si abbandonò ogni schema negoziale riconducendo l'idea della *Verwirkung* al principio generale della buona fede ed al divieto dell'abuso del diritto. La dottrina svizzera trova un fondamento testuale per questo inquadramento dell'istituto della *Verwirkung* nell'art. 2 del cod. civ. svizzero, che dice: 'Ognuno è tenuto ad agire secondo buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del diritto non è protetto dalla legge.'" (RANIERI, Felippo. *Rinuncia tacita e *verwirkung**: tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto. Padova: CEDAM, 1971. p. 40)

no momento de sua conclusão, assumira-se os riscos de um vício de forma.²¹⁶

No espaço jurídico português é notável a repercussão alçada pela tradição germânica. E de tal modo, que a jurisprudência deste país tornou-se a mais avançada da Europa, sobrepondo-se à italiana e à francesa, a respeito do tema,²¹⁷ encontrando o no abuso do direito e na modalidade de *venire contra factum proprium* sua maior incidência.²¹⁸ Neste sentido, é de se mencionar o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de agosto de 1979:

OBRIGAÇÕES EM MOEDA ESTRANGEIRA -ABUSO DE DIREITO -COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I - A estipulação do cumprimento em moeda estrangeira não impede o devedor de pagar em moeda nacional segundo o câmbio do dia do cumprimento e do lugar para este estabelecido, salvo se essa faculdade houver sido afastada pelos interessados. II - Em caso de mora do devedor, o credor tem o direito de exigir, além da soma devida, os correspondentes danos moratórios mas não pode optar pelo pagamento em moeda nacional segundo o câmbio do dia do vencimento. III - O nexo de causalidade entre os factos e o dano constitui matéria de facto da competência das instâncias. IV - A invocação da mora como objectivo de obstar a que a outra parte faça valer a excepção de inadimplemento representa exercício abusivo de um direito quando traduz um *venire contra factum proprium* manifestamente lesivo da boa-fé que deve presidir ao cumprimento da obrigação. V - A apreciação do abuso de direito pode fazer-se oficiosamente, pois está em causa um princípio de interesse e ordem pública.²¹⁹

Entendeu-se que um contratante não poderia invocar a mora do outro para evitar que ele se utilizasse da excepção de contrato não cumprido, limitando-se o exercício desta prerrogativa contratual, quando configura-se como abusiva:

A invocação da mora recorrida, feita pela recorrente, com vista a obstar a que esta faça valer a excepção de inadimplemento, representa o exercício abusivo de um direito por excesso manifesto dos limites impostos pela boa fé, que deve presidir ao cumprimento da obrigação: artigos 334º e 762º, nº 2, do Código Civil. O procedimento da recorrente traduz-se em um *venire contra factum proprium*, que é uma das hipóteses mais frizantes do abuso do direito, segundo o prof. Vaz Serra - Boletim do Ministério da Justiça, nº 74, pág. 45,

²¹⁶ GUGGENHEIM, Daniel. **Le droit suisse des contrats**: la conclusion des contrats. 2º ed. Genève: George Editeur, 1991. p. 61.

²¹⁷ MENEZES CORDEIRO. **Teoria geral do direito civil**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, 1º volume. p. 376.

²¹⁸ MENEZES CORDEIRO, António. Novas tendências da boa-fé. **Paraná Judiciário**. Anais do seminário luso-brasileiro de novas tendências do direito civil. Curitiba, v. 52, 1998, p. 376.

²¹⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 67.976. Relator: Ferreira da Costa. Lisboa, 09 out. 1979. **Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, nº 290, nov. 1979. p. 352-397.

nota.²²⁰

Mas além do teor estabelecido por este acórdão, é interessante notar que o abuso do direito foi tomado como "princípio de interesse e de ordem pública", podendo ser, por isso, apreciado de ofício, entendimento este, já consolidado pela jurisprudência portuguesa.

Em perspectiva semelhante, encontra-se a decisão preferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 17 de dezembro de 1976, de resolução do contrato, direito este o qual foi obstado, por se constituir seu exercício, em flagrante abuso do direito:

Arrendamento - Resolução do contrato- Pagamento de renda por cheque com insuficiente provisão- Abuso de direito

I - Tendo entregue, o locatário ao locador um cheque para pagamento da renda mensal do respectivo andar, o último ao primeiro o recibo da mesma renda, se a falta ou insuficiência de provisão daquele impedir o recebimento desta, pode voltar-se à primitiva obrigação, prevista no artigo 838º, in fine, do Código Civil. II - O recibo dado ao locatário, apenas prova a entrega do cheque, mas não a do dinheiro, e não provando aquele a entrega deste no prazo legal, está, necessariamente, em mora desde essa data. III - A resolução, nesse caso, só pode ser evitada com o depósito até à contestação da acção de todas as rendas em dívida e a indemnização igual ao dobro do que for devido - artigo 1048º e nº e nº I do artigo 1041º do Código citado -. IV - Porém se, pelo exame do extrato da conta bancária do locatário, se apura que o cheque apenas foi devolvido porque, na altura em que o funcionário bancário que o conferiu, faltava a importância de 4\$40 (o cheque era de 800\$00 e o saldo então de 795\$60), mas, se o cheque em causa houvesse sido retardado para verificação até o fechar das contas desse dia, já teria provisão, pois, entretanto, foi feito um depósito, não é de decretar a resolução do contrato de arrendamento. V - Na verdade, o direito que o locador se arroga de obter o despejo, atentas as circunstâncias do caso, excederia, manifestamente, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social e económico desse direito, pelo que constituiria um flagrante abuso de direito.²²¹

Na decisão que ora é trazida à análise, encontra-se um caso típico de *verwirkung*, delineado pelo Direito alemão, onde se fez presente o abuso do direito. Trata-se de acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 31 de março de 1981:

ABUSO DE DIREITO

I- Tendo os dois únicos sócios de uma sociedade, agindo nessa qualidade, acordado

²²⁰ *Ibidem*, p. 364.

²²¹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 6830. Relator: Correia de Paiva. Lisboa, 17 dez. 1976. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 264, mar. 1977, p. 234.

verbalmente na atribuição de seu quantitativo mensal a um deles, a título de remuneração de gerência, deve-se entender-se tal deliberação, embora nula, como da própria sociedade. II- Criando a sociedade, com este procedimento, a convicção no referido sócio de que se não serviria da nulidade para pedir o que justamente lhe estava a pagar, aquela, ao pedi-lo em juízo, abuso do seu direito, excedendo manifesta e imoderavelmente a boa-fé, os bons costumes comerciais e até o fim económico e social desse direito.²²²

A sociedade Luzfar- Decorações e Artesanato LTDA moveu ação contra sua gerente, a fim de obter a restituição de 314700\$00, que esta recebera a título de remuneração, sem que fosse fixada através de assembléia geral, como estabelecia o artigo 5º do pacto social e por disposição de lei, ocasionando nulidade por falta de forma. O tribunal entendeu que houve abuso do direito por parte da autora, nos seguintes termos:

Diz-nos o artigo 334º do Código Civil ser ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pelo fim social ou económico desse direito.

Temos que o caso dos autos, devidamente apreciado, se enquadra perfeitamente neste preceito legal, pois vamos mostrar que a autora ao exercer o seu direito, excede manifesta e imoralmente os limites da boa fé, dos bons costumes comerciais e até o fim social e económico desse seu direito. [...]

Ora, com este procedimento a autora criou na ré a convicção de que não se serviria dessa falta de formalidade para lhe pedir o que justamente lhe estava a pagar, pois esta agiu em plena boa fé, tanto que sempre documentou as retiradas das suas remunerações mensais, mediante recibos por si assinados.

De facto, temos como verdadeiramente escandaloso e reprovável vir agora a autora arguir uma nulidade para a qual contribuiu, criando na ré a expectativa de que jamais a invocaria, até porque esta situação já dura há vários anos, tendo até havido novas deliberações a aumentar essa remuneração, aceitando que ela se dedicasse, quase exclusivamente, desde a sua fundação, à sua gerência.

Por conseguinte, esta atitude da autora excede manifesta e intoleravelmente a boa fé, os bons costumes comerciais e até o fim económico do direito, pois pretende-se obter injustamente uma restituição de uma remuneração devidamente recebida e merecida, por ter havido a competente retribuição de trabalho, por parte da ré, sem o qual a autora poderia socobrar.²²³

Este caso é enquadrado por MENEZES CORDEIRO, como forma de *surrectio*, a tradução latina encontrada por este autor, para a *verwirkung* do Direito

²²² PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 69.272. Lisboa, 31 mar. 1981. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa v. 305, abri. 1981, p. 323-327.

²²³ *Ibidem*, *loc.cit.*

alemão.²²⁴ Eis que se verifica a criação de uma situação de fato, que se prolonga no tempo, requerendo-se a proteção de uma confiança gerada na contraparte, pelos ditames da boa-fé, ao contrário da *supressio*, outra forma de *verwirkung* que, no entanto, impede o exercício de um direito.

Trata-se esta última, justamente da figura que se encontra referida na decisão abaixo transcrita, sob denominação de caducidade,²²⁵ em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, em 16 de maio de 1985:

ARRENDAMENTO. (AÇÃO DE RESOLUÇÃO DO ARRENDAMENTO CADUCIDADE - ABUSO DE DIREITO).

I. Se o senhorio autorizou que o inquilino reabra a casa arrendada posteriormente ao prazo fixado na alínea h) do artigo 1093º, nº I, do Código Civil, isso não envolve que, atingida a data designada para a reabertura, só então venha a decorrer o prazo de encerramento constante daquela alínea h). II - Em acção de resolução do arrendamento, fundado na alínea h) do artigo 1093º, nº I, do Código Civil, não se verifica o reconhecimento do direito impeditivo da caducidade da acção arrendada, solicitar ao senhorio a prorrogação do prazo para reabrir o prédio. III - A teoria do abuso do direito, na modalidade de proibição do "venire contra factum proprium", conduz a que se alargue o prazo legal de caducidade por um período adequado e razoável, se foi o inquilino quem, através de pedidos de prorrogação de abertura da casa arrendada, obsteu ao exercício tempestivo da acção de resolução do contrato de arrendamento, mas o alargamento do prazo tem necessariamente de ser inferior à duração do prazo de caducidade fixado na lei.²²⁶

Não obstante a presente decisão não tenha configurado o abuso do direito, porque já houve a caducidade do direito estabelecida pelo artigo 1094 do Código Civil, as argumentações nela encontradas, são propícias a demonstrar um caso no qual, em outras circunstâncias, poderia ser aplicada a proibição do *venire contra factum proprium*.

Ao se recolher da jurisprudência portuguesa, decisões que se referem à figura do abuso do direito, a presença da tradição germânica sob a forma de exercício inadmissível de posições jurídicas é incontestável. No entanto, esta recepção encontra-se delineada por traços específicos do sistema jurídico lusitano.

²²⁴ Teoria geral..., p. 382.

²²⁵ MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., p. 797.

²²⁶ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 72.584, Relator: A. Campos Costa. Lisboa, 16 maio 1985. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, v. 347, jun. 1985, p. 391-397.

Nesta perspectiva, é possível notar que esta concepção objetivista fundamentada na boa-fé, é recepcionada pelos tribunais, em superação à concepção subjetivista.²²⁷ Trata-se da presença da tradição francesa, esculpida no Código de Seabra, sem qualquer referência à boa-fé, contraposta à tradição germânica, presente no Código de 1966, onde as referências àquele princípio, mostram-se abundantes.

Some-se a isto, o fato de que, mesmo sob a vigência de um novo estatuto civilístico, onde há referência expressa ao abuso do direito enquanto contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, e ao fim social ou econômico do direito, expressa no artigo 334, em boa parte das decisões pesquisadas, encontra-se a não configuração do instituto nas situações concretas. Assim, encontra-se a posição unívoca de não admitir a inalegabilidade de nulidades formais; a figura do *tu quoque* resta, por vezes, implícita no controle da exceção de contrato não cumprido e na resolução contratual; a *verwirkung* encontra tradução nas figuras da *surrectio* e da *supressio*.²²⁸

²²⁷ Representativa desta transição, é a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, acórdão nº 80.295 de 10 de dezembro de 1991:

"Concepção objectivista. Conhecimento officioso. Boa fé. Bons costumes. Fim social ou económico do direito:

I - Nos termos do artigo 334º do Código Civil, há abuso de direito e é, portanto, ilegítimo o seu exercício 'quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito'. Agir de boa fé - tanto no contexto deste artigo, como no artigo 762º, nº 2, é 'agir com diligência, zelo e lealdade correspondente aos legítimos interesses da contraparte, é ter uma conduta honesta e conscienciosa, uma linha de correção e probidade, a fim de não prejudicar os legítimos interesses da contraparte, e não proceder de modo a alcançar resultados opostos aos que uma consciência razoável poderia tolerar'. Os bons costumes entendem-se por seu turno, como um 'conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e correctas aceitam comumente, contrários a laivos ou conotações de imoralidade ou indecoro social'. Finalmente, o fim social ou económico do direito, no âmbito dos direitos de crédito - o conteúdo da obrigação desdobra-se no direito à prestação e no dever de prestar - consiste, precisamente, na satisfação do interesse do credor mediante a realização da prestação por banda do devedor (artigo 397º do Código Civil). *Todavia, porque o Código Civil consagrou a concepção objectivista do abuso do direito, não é necessária a consciência malévola, a consciência de se ultrapassarem manifestamente, no exercício do direito, os parâmetros apontados, meramente 'bastando que se excedam os seus limites, se bem que a intenção com que o titular do direito agiu não deixe de contribuir para a questão de saber se há ou não abuso de direito.'* [grifo nosso]

II - O abuso do direito é de conhecimento officioso por ser ofensivo do princípio do interesse de ordem pública." (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 80.295. Lisboa, 10 dez. 1991. **Boletim do Ministério de Justiça**, Lisboa, nº 412, 1992, p. 459)

²²⁸ MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé...*, p. 890-894.

Em perspectiva embora mais limitada, é possível conferir as influências da tradição germânica na jurisprudência italiana, onde a boa-fé encontra aplicação implícita, através de casos de *exceptio doli* e abuso do direito.²²⁹ No entanto, deve-se atentar para o fato de que a primeira é dotada de amplo desenvolvimento, por parte de seus tribunais, enquanto assiste a uma decrescente aplicação entre as cortes germânicas.²³⁰ Mostram-se numerosos os casos de sua aplicação nas relações obrigacionais, o que se deve a uma base normativa composta de diversos preceitos do *Codice*, guardando relações com o *venire contra factum proprium* e com a intenção maliciosa ao deduzir uma pretensão em juízo.²³¹

É neste contexto que uma modalidade de *venire contra factum proprium*, a *verwirkung*, encontra tradução sob a figura da renúncia tácita. Trata-se de um tratamento paralelo, presente nos tribunais italianos e franceses, limitando o exercício do direito de resolução do contrato e da exceção de contrato não cumprido.

Inicialmente, esta figura encontrou notável desenvolvimento nos contratos de trabalho. Tratam-se de casos em que a despedida, motivada por uma infração praticada pelo empregado, só ocorre muito tempo após o necessário para apurá-la.²³²

Posteriormente, esta solução foi transportada para outros tipos de contrato, embora não se configure expressa em algumas decisões. Neste sentido, é possível citar a decisão proferida pela Corte de Cassação italiana, em 30 de abril de 1979 :

A habitual tolerância do locador em receber com atraso o aluguel da locação torna inoperante a cláusula resolutiva expressa que previa com referência a qualquer inadimplemento a ruptura da relação; de fato contrasta com a boa-fé o comportamento do locador que depois de ter demonstrado não exigir o respeito pela pontual execução do contrato, pretende tirar do atraso nos pagamentos motivo de responsabilidade da outra parte.²³³

²²⁹ NANNI, Luca. **La buona fede contrattuale**. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale. 4. ed. Padova: CEDAM, 1988. p. 523.

²³⁰ MENEZES CORDEIRO. **Da boa fé**..., p. 741.

²³¹ NANNI, *op. cit.*, p. 547-548.

²³² *Ibidem*, p. 578.

²³³ Tradução livre de: "L'abituale tolleranza del locatore nel ricevere in ritardo il canone di locazione rende inoperante la clausola risolutiva espressa che prevede con riferimento a

Esta incursão, que ora se realiza em sede de jurisprudência comparada, é suficiente para revelar nas entrelinhas desta construção promovida em torno do abuso do direito, uma questão metodológica. Trata-se da superação do "formalismo" delineado sob a égide da Exegese e da Pandectística, em favor do "finalismo" engendrado pela Jurisprudência dos Interesses e a Jurisprudência dos Valores. Sob esta última perspectiva, o juiz passa a criar a norma para o caso concreto, a partir de princípios gerais do Direito Civil. Há nisto, um perfil de equidade e de justiça que se permite alcançar no caso concreto.²³⁴

Nosso Direito não se manteve alheio a esta mudança metodológica, ao contrário, tratou de recepcioná-la, não obstante as resistências verificadas, por vezes, em nossos tribunais. Muitas das decisões proferidas por estes últimos, testemunham o sentido dessas transformações, que delineiam os princípios contratuais. É representativo desta idéia, o rompimento da intangibilidade contratual, como revela-se no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 67226-SP, em 21 de agosto de 1995:

Resp - Civil - Locação - Revisão Judicial - O princípio - 'pacta sunt servanda' não pode ser entendido literalmente. Algumas vertentes, inconformadas com a escola da exegese de origem francesa, como o pluralismo sistemático - funcional, o humanismo dialético, o neo-marxismo jurídico, o marxismo jurídico- ortodoxo e normativismo dialético buscam, através da norma, realizar valores. Invoque-se a velha cláusula - 'rebus sic stantibus'. Para evitar - enriquecimento sem justa causa. Urge recusar referência eclesiástica à literalidade da lei.²³⁵

Hoje, os juristas, libertos do sentido escravizante da lei, buscam nos princípios esculpidos pela Constituição, os critérios valorativos para interpretação e correta solução dos casos concretos. Trata-se de uma orientação esboçada pela Jurisprudência das Valorações, e que se mostra presente na tendência de

quell'inadempnienza lo scioglimento del rapporto; infatti contrasta con la buona fede il comportamento del locatore che dopo aver mostrato di non esigire il rispetto della puntuale esecuzione del contratto, pretende poi trarre dal ritardo nei pagamenti motivo di responsabilità per l'altra parte." (NANNI, *op. cit.*, p. 526)

²³⁴ RANIERI, *op. cit.*, p. 63.

²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 67226-SP. Relator: Min. Luiz Vicente Cemicchiaro. Brasília, 21 ago. 1995. *Diário de Justiça da União*, 18 dez. 1995, p. 55650.

"constitucionalização" do Direito Civil.

É sob esta perspectiva, que se delineiam os princípios de uma "nova teoria contratual", os quais ganham espaço no Código de Defesa do Consumidor, compondo um quadro de decisões, até então, inusitadas. Neste sentido, encontra-se no Tribunal de Alçada do Paraná, a decisão proferida em Agravo de Instrumento, de 24 de agosto de 1999, ao acolher revisão do contrato por onerosidade excessiva, fundamentada na teoria da base do negócio jurídico:

Leasing - Câmbio - Liberação - Prestações - Variação conforme o dólar norte-americano - onerosidade excessiva em razão de fatos supervenientes (art. 6º inc. V do Código de Defesa do Consumidor) - Teorias.

1. Aplicam-se aos contratos de arrendamento mercantil as normas do Código de Defesa do Consumidor.

2. Possível *prima facie* a adequação do valor das prestações em quantia condizente com os rendimentos de quem paga, sem afronta a teorias que se superam frente a norma do artigo 6º inc. V do CDC, ou seja, em razão de fatos supervenientes que as tomem excessivamente onerosas.

3. Na lição de Cláudia Lima Marques (In: Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3ª ed., pág. 414), a expressão 'onerosidade excessiva', encontra sua fonte nas teorias mais modernas e objetivas, especialmente a Teoria da Base do Negócio Jurídico, conhecidas pela doutrina, mas até então não positivadas no ordenamento pátrio.

4. Informa, ainda, a Prof. Cláudia (pág. 413) que 'a norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.²³⁶

O teor destas decisões, revelam não apenas aquela inversão metodológica antes mencionada, mas a presença simultânea, de duas tradições jurídicas diversas: a francesa e a alemã. Fato este, que não restou verificado em qualquer dos sistemas comparados, que até então se fizeram presentes, e que se tornará ainda mais claro ao se examinar como os tribunais brasileiros recepcionaram as modalidades de abuso do direito, calcadas na violação da boa-fé.

No que se refere a uma modalidade de exercício inadmissível de posições

²³⁶ PARANÁ. Tribunal de Alçada do Paraná. Agravo de Instrumento nº 139016-5. Relator: A. Renato Strapasson. Curitiba, 24 ago. 1999. **Diário de Justiça do Estado do Paraná**. Curitiba, 03 set. 1999 (cópia do original).

jurídicas, a *verwirkung*, não encontra sua configuração expressa, por parte de nossa jurisprudência. No entanto, ela está recepcionada sob a forma de renúncia tácita, tal como delineada no Direito francês e italiano.

Na jurisprudência brasileira, revela-se com muita freqüência a figura, pela preclusão do direito potestativo de despedida do empregado em face de uma renúncia tácita no direito do trabalho.²³⁷ Mas é no campo cível que se revela para nós, com maior interesse, a renúncia tácita em matéria contratual, onde encontramos a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário nº 63.129, de 17 de outubro de 1967:

Promessa de venda. A tolerância do promitente-vendedor, admitindo o atraso no pagamento das prestações devidas, impõe seja, previamente, interpelado o promitente-comprador. Dissídio jurisprudencial. Recurso extraordinário, de que se conheceu, mas a que se negou provimento.²³⁸

Trata-se de um compromisso de compra e venda, em que se previa certa data para vencimento das prestações mas o devedor deixou seu pagamento para muito depois das datas marcadas e o credor por sua vez, recebeu tais prestações, sem aplicar qualquer sanção, tornando letra morta a cláusula contratual em que se previa a sanção de rescisão do contrato pelo inadimplemento da obrigação. Em tais casos, nossos tribunais firmaram a tese que para os credores renunciarem a esta tolerância concedida, deveriam notificar o devedor de que não mais seria permitida referida tolerância no pagamento, restaurando o contrato, sob pena de restar inadmissível qualquer rescisão.

Em nenhum momento o teor desta decisão trouxe em seu bojo, referência à confiança gerada por uma parte na outra, ou contrariedade ao princípio da boa-fé.

²³⁷ "A continuidade da prestação laboral do empregado, após cometimento da falta grave, implica o perdão tácito, vez que a reclamada tinha conhecimento da reincidência das faltas, pelo que se dá provimento ao apelo, para decretar a procedência do pleiteado." (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Processo nº 2952/76, 1977. *Apud* OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A "verwirkung", a renúncia tácita, e o Direito brasileiro. *In: Estudos em homenagem ao professor Wahstington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 279)

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 63.129-SP, 2ª turma. Relator: Min. Adalício Nogueira. Brasília, 17 out. 1967. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 43, mar. 1968, p. 777-783.

Eis porque, então, não houve a configuração do *verwirkung* do Direito alemão. Entretanto, remete-se ao comportamento das partes, que fez com que uma "tolerância habitual", modificasse a "cláusula escrita". Assim, a posterior conduta do credor em pleitear a resolução do contrato, mostra-se incompatível com aquela anteriormente descrita, que foi de tolerância. E por isso concluiu-se que "a tolerância do credor, admitindo o atraso no pagamento das prestações devidas, equívale à renúncia aos efeitos da cláusula resolutiva expressa. A manifestação do seu propósito de não prosseguir nesta atitude de condescendência, impõe que ele interpele, previamente, o devedor."²³⁹

Isto nos remete à idéia de comportamentos contraditórios que promove uma parte, em detrimento da outra, traduzindo-se em *venire contra factum proprium* que, em casos desta ordem, revelar-se-ia sob as vestes de *verwirkung*. No entanto, o Supremo não recorre a esta figura delineada pela jurisprudência alemã, mas a um instituto paralelo, revelando-se influências da jurisprudência italiana, de tal modo, a afirmar Francisco José Ferreira MUNIZ:

O Supremo Tribunal Federal, portanto, vale-se da noção dogmática de renúncia tácita, que, como negócio jurídico, tem por *substratum* a vontade do titular em se demitir do direito (a violação seria um elemento essencial do negócio jurídico). E a renúncia exigiria que o credor tivesse conhecimento de seu direito e que fosse possível atribuir ao seu comportamento o sentido de uma declaração de vontade (se falta a consciência de declaração, p. ex. teríamos uma ficção de declaração de renúncia).²⁴⁰

Outra subcategoria expressa pelo *venire contra factum proprium*, está na regra do *tu quoque*, pela qual alguém que viole uma disposição contratual não poderia exercer a situação jurídica que decorre desta mesma norma, como se não a tivesse violado. Admitir semelhante conduta, seria possibilitar condutas contraditórias entre si, em contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva.²⁴¹

²³⁹ *Ibidem*, p.779.

²⁴⁰ O princípio geral da boa-fé ..., p. 48.

²⁴¹ "Quem viole o contrato e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e de pôr em perigo o escopo do contrato, causados pelo parceiro contratual, o direito à indenização por não cumprimento ou à rescisão do contrato, como se não tivesse, ele próprio, cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato." (MENEZES CORDEIRO. Da boa fé..., p. 839-840)

No Direito pátrio, não há sistematização da regra do *tu quoque*.²⁴² No entanto, encontra aplicação em nossos Tribunais, a regra segundo a qual, "...é inadmissível ao prevaricador que violou deveres contratuais aproveitar-se da própria violação [...] pela invocação do adágio "*turpitudinem sua allegans non aditur*, seja por sua variante da teoria da confiança e da aparência ou pela aplicação do princípio que coíbe *venire contra factum proprium*..."²⁴³

Em caso semelhante ao decido pelas cortes germânicas, também pode ser citada a decisão do Tribunal de Justiça de Alagoas, proferida em Apelação nº 10.025, de 30 de maio de 1994:

Compra e venda - Bem imóvel - Resolução - Inocorrência de violação de cláusulas ou inadimplência de qualquer natureza - Invalidação do contrato inadmissível.

Sendo o contrato um instrumento que consiste na interdependência de obrigações das partes contratantes e não inquinado de vícios que o possam anular, e, por outro aspecto, não ocorrendo violação de qualquer das cláusulas, nem comprovada inadimplência de natureza alguma, o contrato não pode ser invalidado. Assim, constituindo num ato jurídico de conteúdo volitivo, isto é, instrumento de disposição de vontade, não pairando no seu contexto qualquer sombra de ilegalidade, o ajuste nele inserido merecer sustentação. Não pode invocar inadimplência, mormente no âmbito de ação resolutiva de contrato, a parte contratante que deu causa a violação da cláusula, ao descumprir obrigação assumida no acordo.

A prestação jurisdicional ofertada, muito bem lançada concluiu com acerto negando procedência à ação de resolução de Contrato com perdas e danos e imissão de posse bem como julgando procedente a reconvenção obrigando aos autores a assinarem a transferência do imóvel para quem de direito. Recurso conhecido, provimento negado.²⁴⁴

No caso sob exame, em compromisso de compra e venda, negou-se procedência à ação de resolução de contrato com perdas e danos e imissão de posse, condenando a autora a assinar a transferência de imóvel para o réu.

A decisão frustrou completamente a pretensão da requerente, por não restar descaracterizada a inadimplência do réu. Este não deu ensejo a qualquer omissão, descumprindo o contrato, mas foi a própria autora, ao negar proceder a transferência do financiamento do imóvel realizado junto à Caixa Econômica

²⁴² MARTINS-COSTA. A boa-fé..., p. 464.

²⁴³ *Ibidem*, p. 464.

²⁴⁴ ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. Apelação nº 10.025, 1ª Câmara Cível. Relator: Des. José Agnaldo de Souza Araújo. Maceió, 30 maio 1994. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 716, a. 84, jun. 1995. p. 246-248.

Federal, tal como avençado pelas partes, procedendo de má-fé.²⁴⁵

No presente caso, é possível constatar, como nos tribunais brasileiros, decidiu-se em conformidade com a noção de abusividade, delineada por comportamentos contraditórios, sem qualquer referência expressa, ao abuso do direito, tão pouco, na modalidade de *venire contra factum proprium*. Por outro lado, também não há qualquer referência expressa ao princípio da boa-fé. No entanto, invocou-se a má-fé da autora que pleiteava a resolução do contrato, o que se traduz em contrariedade à boa-fé em seu caráter subjetivo.

Em caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se em Recurso Especial nº 95.539-SP, em 03 de setembro de 1996:

Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. Preparo. Férias.

1. Tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido a importância relativa ao preparo, tudo no período de férias forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC. Votos vencidos.

2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. Recurso conhecido e provido.²⁴⁶

Trata-se de caso em que os promitentes vendedores intentaram rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse contra os promitentes compradores, alegando a falta de outorga uxória. Mas isto, após dezessete anos, tempo decorrido desde a celebração do compromisso, quando os promitentes compradores adentraram na posse do bem, passando a exercê-la sem qualquer oposição. Ao contrário, os promitentes vendedores confirmaram tacitamente o negócio, recebendo o preço e reconhecendo-os como tal em juízo.

Deste modo, restou configurado um *venire contra factum proprium*, ao contrário do que se verificou no julgado anteriormente referido. O acolhimento desta

²⁴⁵ *Ibidem*, p.248.

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 95.539-SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 03 dez. 1996. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p.30015, 14 out. 1996.

modalidade de abuso do direito recebeu referência expressa em atenção ao princípio da boa-fé, em voto proferido pelo relator, o Ministro Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR:

Para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O Direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente (Menezes Cordeiro. Da Boa-fé no Direito Civil, II/742). Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior.

[...]

O sistema jurídico nacional, a meu juízo, deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele a passa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com princípios éticos, inspiradores do sistema.²⁴⁷

Em casos como estes, abrangidos pelo *tu quoque*, resta rompido o sinalagma inerente aos contratos bilaterais. Caracterizam-se estes, por uma série de deveres que se impõem às partes, por força do princípio da boa-fé, de modo a manter-se o equilíbrio contratual. A violação de um destes deveres, implica em violação do sinalagma. E a regra do *tu quoque* aplica-se justamente para restaurar este equilíbrio perdido entre as partes, em atenção aos ditames de justiça contratual.

A aplicação da regra do *tu quoque* aos casos de rescisão contratual, ainda abrange a exceção de contrato não cumprido. Pois em conformidade com o que aduz Judith MARTINS-COSTA, "...a boa-fé paralisa o direito de invocar a *exceptio non adimplenti contractus*".²⁴⁸ Isto significa que, embora o direito pátrio não se refira expressamente à regra do *tu quoque*, esta modalidade de exercício inadmissível de direitos, encontra-se acolhida entre nós, pela invocação da exceção de inadimplemento.²⁴⁹

²⁴⁷ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁸ A boa-fé..., p. 460.

²⁴⁹ Segundo Judith MARTINS-COSTA, isto se dá nas hipóteses em que se configura o adágio *turpitudinem suam allegans non auditur* ou *equity must come with clean hands*, que por sua vez vem amparado pela teoria dos atos próprios. Para esta, não se pode fazer valer um direito em contradição com sua conduta anterior, e à boa-fé, à lei e aos bons costumes. O desdobramento da teoria dos

A resolução de um contrato pode ainda mostrar-se abusiva, em face do "adimplemento substancial do contrato". Neste sentido, encontra-se a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível nº 588012666, proferida em 12 de abril de 1988:

Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. Ação de rescisão julgada improcedente e procedente a consignatória. Apelo provido em parte, apenas relativamente aos honorários.²⁵⁰

Trata-se no caso em questão, de compromisso de compra e venda de bem imóvel, no qual houve o pagamento de todas as prestações, menos da última. Isto foi o bastante para que a contratante fizesse valer o pacto comissório, pleiteando a rescisão de escritura pública contra os devedores. Estes, por sua vez, promoveram a consignação em pagamento.

No caso decidido, verificou-se que a rescisão do contrato mostrava-se como essencialmente injusta, pois houve a obtenção de um resultado muito próximo ao esperado pelo credor, isto é, a satisfação do seu direito. E de tal modo, que o atraso verificado no pagamento da última prestação nem mesmo chegou a abalar o sinalagma. Tais fatos foram suficientes para justificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial,²⁵¹ como se depreende de parte da decisão:

atos próprios se dá na direção do *tu quoque*, de um lado, e *no venire contra factum proprium*, de outro (A boa-fé..., p. 460)

²⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 588012666, 5ª Câ. Civ. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 12 abr. 1988. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Jurisprudência comentada: princípio da boa-fé**. Porto Alegre, v. 50, ano XVII, p. 210, nov. 1990.

²⁵¹ Aduz Analise BECKER, que "quando o adimplemento é substancial, foi cumprido aquilo que era essencial na relação obrigacional e, por isso, satisfeitos os interesses do credor. Não estaria este, portanto, defendendo qualquer interesse legítimo ao pedir sua resolução em virtude do descumprimento de detalhes secundários, que não interfere no proveito que tira da prestação efetivamente oferecida. Outorga-se-lhe o direito a perdas e danos para que se mantenha o equilíbrio contratual, ao compensarem-se as diferenças ou prejuízos relativos à prestação imperfeita e, se possível, o pedido de adimplemento." (A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 9, nº 1, nov. 1993, p. 61)

A ação de rescisão de contrato improcede, porque a compradora cumpriu substancialmente a sua obrigação, não podendo ser o atraso da última prestação causa justificadora para a resolução do negócio, assim como pretendido na inicial. O desfazimento caracterizaria gravíssima injustiça, desatendendo a uma exigência do moderno Direito das Obrigações, onde pontifica o princípio do adimplemento substancial, segundo o qual o cumprimento próximo do resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e o de perdas e danos; 'mas não se permitiria o pedido de resolução, se essa pretensão viesse ferir o princípio da boa-fé.'²⁵²

Cuida-se de uma exceção à regra presente de que o adimplemento deve ser integral,²⁵³ cujo fundamento encontra-se no princípio da boa-fé, ao qual se reporta a decisão mencionada, servindo como "causa de limitação do exercício de um poder jurídico".²⁵⁴ Nesta perspectiva, quando o direito de resolução do contrato apresenta-se contrário à teoria do adimplemento substancial, ele revela-se como abuso do direito por contrariar a boa-fé objetiva. Assim, não se permite o exercício do direito de resolução gerando para o devedor a perda do que já pagou no contrato, atribuindo-se para o credor o direito de ser indenizado pelos danos sofridos.

Não obstante a falta de consagração legal para referidas soluções, ao contrário do que se passa em outros sistemas como o português,²⁵⁵ tais decisões revelam que em nosso Direito, está presente a teoria do adimplemento substancial como limite à resolução abusiva do contrato.²⁵⁶

²⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 588012666, 5ª Câm. Civ. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 12 abr. 1988. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Jurisprudência comentada: princípio da boa-fé**. Porto Alegre, v. 50, ano XVII, nov. 1990, p. 211.

²⁵³ COUTO E SILVA. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob [org.] **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 55.

²⁵⁴ "No que tange à doutrina do adimplemento substancial, relativiza a aplicação do instituto da resolução, típico dos ordenamentos 'inspirados nos princípios da liberdade e autonomia privadas', por uma questão de justiça substancial e de equidade.

O princípio da boa fé objetiva aí atua de forma a proteger o devedor frente a um credor malicioso, inflexível (boa fé eximente ou absolutória), como *causa de limitação do exercício de um poder jurídico*, no caso, do direito formativo de resolução, do qual é titular o credor de obrigação não cumprida" (BECKER. **A doutrina do adimplemento substancial** ..., p. 70). Assevera Clóvis do COUTO E SILVA, que pelo artigo 762, nº 2 do Código Civil português limita-se pela boa-fé, "o exercício do direito relativo ao cumprimento, permitindo aplicação da teoria do adimplemento substancial, quando o exercício do direito de resolução configurar-se como abusivo." (**O princípio da boa-fé no direito** ..., p. 55)

²⁵⁵ BECKER, **A doutrina do adimplemento substancial** ..., p. 70-71.

²⁵⁶ De modo semelhante, a "doutrina do adimplemento substancial" foi acolhida em outra

Entre nós, a presença do abuso do direito enquanto contrariedade à boa-fé objetiva, pode ser examinada pelo teor da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível nº 589073956, de 19 de dezembro de 1989:

Boa-fé. Contrato. O princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontra-se a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador.

Venire contra factum proprium. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.²⁵⁷

Este caso serve de paradigma, pois ao configurar o *venire contra factum proprium*, não o fez relacionando-o à má-fé ou culpa com que agira o contratante, mas com a expectativa criada na outra parte, o que se traduz no elemento confiança.²⁵⁸

A confiança, ao mesmo tempo em que serve de "fundamento técnico-jurídico

decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível nº 591052931, na qual a ação de resolução do contrato foi procedente apenas em parte, e cuja ementa é a que segue:

"Contrato. Engenheiro. Sistemas eletrônicos. Projeto. Comissão.

O engenheiro que projeta sistema eletrônico e habilita a empresa industrial a fabricá-lo tem direito à comissão convencionada no contrato. Ação de prestação de contas julgada procedente.

Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. Cumprimento imperfeito. Reconvenção (falta).

Demonstrado que o engenheiro contratado para a elaboração de projeto industrial cumpriu substancialmente a sua obrigação, propiciando à empresa a fabricação e a comercialização exitosa do produto, não lhe pode ser atribuída violação que tenha suficiente força para resolver o contrato. O cumprimento imperfeito autoriza, apenas, a redução da sua comissão. Culpa da autora, que deixou injustamente de pagar as comissões a que estava obrigada. Falta de reconvenção. Acolhimento do pedido da autora, para resolver o contrato sem imputar culpa ao réu. Contrato que, de fato, já não tem condições de ser executado. Ação de resolução julgada procedente em parte." (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 591052931, 5ª Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 22 ago. 1991. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, nº 153, Jurisprudência Cível, ago. 1992, a. 27, p. 392-399)

²⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 589073956. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 19 dez. 1989. In: MARTINS-COSTA, Judith. Jurisprudência comentada: princípio da boa-fé. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 50, ano XVII, p. 207, nov. 1990.

²⁵⁸ MARTINS-COSTA. **A boa-fé...**, p. 469

para o *venire contra factum proprium*”,²⁵⁹ serve-lhe como limite. Eis que não é qualquer comportamento contraditório por parte do sujeito, que há de ser sancionado, mas aquele que fere a “relação de confiança recíproca”, ensejada pela boa-fé.²⁶⁰

Isto revela o *venire contra factum proprium* relacionado com o princípio da boa-fé objetiva, de modo a se afirmar no teor da própria decisão, em época anterior ao Código de Defesa do Consumidor, que “vigora no Brasil, com alcance geral, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao § 242 do BGB”.²⁶¹

No teor desta decisão, em conformidade com o que aduz Judith MARTINS-COSTA,²⁶² o tribunal recorreu ao princípio da boa-fé objetiva, que determinou a existência de deveres acessórios para as partes, que não estavam expressamente previstos no contrato, mas imprescindíveis à finalidade do negócio, de sorte que, “...ainda se extrai dele uma máxima de conduta ético-jurídica, sobre a inadmissibilidade de comportamento contrário à boa-fé. Nesta parte, acolhe-se o princípio de *venire contra factum proprium*”.

Trata-se da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em Apelação Cível nº 21.951-2, em 11 de outubro de 1994, relatada pelo então Des. Francisco José Ferreira MUNIZ:

Resolução de contrato. Perdas e danos. No caso em exame o dono da obra com sua conduta desfigurou a cláusula contratual que agora pretende fazer valer: impede-o o princípio geral da boa fé. Ao autorizar o início da obra vinculou-se a um comportamento coerente e a um **non venire contra factum proprium**.

Está demonstrado o inadimplemento do contrato: o programa obrigacional concreto existente entre as partes malogrou por culpa do dono da obra.

Condenação em perdas e danos.²⁶³

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 471.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 470.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 467.

²⁶² *Ibidem*, p. 467.

²⁶³ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 21.951-2. Relator: Des. Francisco José Ferreira Muniz. Curitiba, 11 out. 1994. Disponível em: <http://200.238.21/scripts/mgwms32.dll>. Acesso em: 18 ago. 2000 (cópia do original).

Trata-se de contrato administrativo, cuja rescisão cumulada com pedido de indenização, foi pleiteada pela Oca Engenharia e Empreendimentos Ltda., contra a Cohapar Companhia de Habitação do Paraná. Restou evidenciado, que esta última, autorizou o início da obra, sem ter obtido o financiamento perante o SFH, deixando de cumprir o contrato e provocando a posterior paralisação da obra. Esta atitude, em contraste com a posterior resolução do contrato, pleiteada em reconvenção, configurou-se em *venire contra factum proprium* e atentatória à boa-fé, expressamente acolhida como um princípio geral que aplica-se a todas as relações obrigacionais. Nisto, juntamente com a referência expressa ao princípio que proíbe comportamentos contraditórios, revela-se o mérito desta decisão, de tal modo, a encontrar-se relatado:

Como se vê, foi a própria recorrente que, com sua conduta, desfigurou a cláusula contratual que agora pretende fazer valer. O princípio geral da boa fé, que preside as relações obrigacionais, se opõe a que assim se proceda.

Trata-se de proibir que a parte tenha conduta contraditória pois o certo é que a recorrente, ao autorizar o início da obra, autovinculou-se a um comportamento coerente e a um **non venire contra factum proprium**.²⁶⁴

Do conjunto de decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, pode se encontrar a figura do abuso do direito, delineado pelo exercício inadmissível de posições jurídicas, com fundamento no princípio da boa-fé. Há nisto, a confirmação da receptividade desta tradição germânica entre nós, restando superado o predomínio da concepção subjetivista enquanto reflexo da construção jurisprudencial francesa.

Mas ocorre que, em muitas destas decisões, suscitadas em páginas anteriores, não há qualquer referência que lhe seja expressa, ao contrário do que ocorre em outros sistemas, como no português. Assim, tornam-se oportunas as palavras de José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, ao comentar semelhantes decisões: "É curioso como está presente, de modo não explicitado, o pensamento que veda o *venire contra factum proprium*, e a idéia de proteção à confiança

²⁶⁴ *Ibidem*, loc. cit

suscitada na parte contrária."²⁶⁵

Deste modo, não se ouve falar em *verwirkung*, como delinearam as cortes germânicas, entretanto, referida concepção de abuso do direito, chega aos nossos tribunais, sob a configuração de uma renúncia tácita, controlando o direito de resolução do contrato, sob pena de violar o princípio da boa-fé, implicitamente recepcionado.

Na mesma perspectiva, a regra do *tu quoque*, que se traduz na paralisação do direito de invocar a exceção de contrato não cumprido e a aplicação da doutrina do adimplemento substancial, revelam novas formas de abusividade, controlando-se direitos potestativos, que sob a égide da concepção subjetiva, não guardava limitações por parte dos tribunais.

E a justificativa para este modo implícito pelo qual se acolhem referidas figuras em nossos tribunais, pode ser a mesma que se encontra no paralelismo entre a *verwirkung* e a renúncia tácita. Deve se atentar para o fato que esta última encontrou-se difundida em países latinos, em quase sua totalidade, afeitos às influências do *Code de Napoléon*. Já aquela, resulta de uma tradição contraposta, onde a evolução da referida figura corresponde ao enfraquecimento do subjetivismo.²⁶⁶ Trata-se portanto, das resistências de um sistema delineado sob as vestes do voluntarismo jurídico, o qual não se encontra de todo superado.

Nesta perspectiva, o fundamento para todas essas decisões, o qual reside no princípio da boa-fé, restou por vezes, implícito, apresentando-se como princípio não expresso, ao se reportar para o elemento confiança.²⁶⁷ Durante muito tempo,

²⁶⁵ Em face do Dec. 745/69 a resolutória expressa ficou praticamente excluída nas promessas de compra e venda. (OLIVEIRA, A "*Verwirkung*", a renúncia tácita ..., p. 281)

²⁶⁶ Em face da natureza contratual dada pelo parágrafo 397 do BGB à renúncia e pela relevância do erro no negócio jurídico alegado como causa de anulabilidade pelo parágrafo 119, a evolução da *verwirkung* no Direito alemão corresponde ao enfraquecimento do subjetivismo. (OLIVEIRA, A "*Verwirkung*", a renúncia tácita ..., p. 274)

²⁶⁷ "Um claro cenário se produz em torno da confiança: o repensar das relações jurídicas nucleadas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das preocupações do ordenamento civil. O tema da tutela da confiança não pode ser confinado a um incidente de retorno indevido ao voluntarismo do século passado, nem é apenas um legado da Pandectística e dos postulados clássicos do Direito Privado. Pode estar além de sua formulação inicial essa temática se for posta num plano diferenciado de recuperação epistemológica." (FACHIN, Luiz Edson. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negociai. In: _____. [coord.] **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 145)

encontrou-se nisto, o reflexo da falta de previsão legal, o que embora não impedisse que os tribunais julgassem conforme a boa-fé, em sua função limitadora do exercício de direitos subjetivos,²⁶⁸ refletiu-se de outro modo, nas decisões esboçadas. Os tribunais brasileiros chegam à soluções paralelas aos tribunais alemães, sem se referir expressamente à boa-fé naquela função antes referida,²⁶⁹ e de tal modo, a configurar um dado importante, constatado por Judith MARTINS-COSTA: "Na espécie, ausente no Código Civil brasileiro a cláusula geral da boa-fé em matéria contratual, foi utilizada a boa-fé como princípio implícito atribuindo-se-lhe, contudo, a função que seria típica de uma cláusula geral".²⁷⁰

É neste quadro acima delineado, que nas entrelinhas das decisões promovidas em nossos tribunais, é possível verificar o papel criador da jurisprudência, a qual age, cada vez mais, em superação aos esquemas subsuntivos estruturados por um modelo de pensamento "dedutivo-formal", em superação ao voluntarismo jurídico. Trata-se de um momento, no qual torna-se possível extrair uma síntese dos elementos revelados pelas decisões anteriormente esboçadas, evidenciando "pontos de partida" que tornam possível uma nova "adequação valorativa",²⁷¹ delineando o encontro entre abuso do direito e boa-fé. E após esboçado na doutrina e na jurisprudência brasileiras, mister se faz investigar se ele se revela como o mais justo limite à autonomia privada.

²⁶⁸ A este respeito, estabelece Clóvis do COUTO E SILVA, que "Numa interpretação meramente gramatical, seria possível concluir, sem embargo de consagrar-se um absurdo, que, se o aludido princípio da boa-fé não integra o ordenamento legislativo, não pode exercer sua função limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos." (*O princípio da boa-fé no direito...*, p. 49)

²⁶⁹ MUNIZ, *O princípio geral da boa-fé...*, p. 48. Em conformidade com o que aduz Clóvis do COUTO E SILVA: "Nas situações mais evidentes, é possível que o juiz julgue, aplicando o princípio da boa-fé, mas com uma outra denominação, afirmando que se trata, por exemplo, de construção jurisprudencial a partir de uma interpretação integradora da vontade das partes; quem saber, com a aplicação do art. 85 do Código Civil, forte na conclusão de que se deve interpretar a verdadeira intenção das partes contra a superfície verbal da manifestação." (*O princípio da boa-fé no direito...*, p. 49) No mesmo sentido: (MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 344).

²⁷⁰ *A boa-fé...*, p. 347.

²⁷¹ MARTINS-COSTA. *A boa-fé...*, p. 342.

5 A AUTONOMIA PRIVADA E O ABUSO DO DIREITO: PERMANÊNCIA E SUPERAÇÃO DA LIBERDADE MODERNA

5.1 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO E OS LIMITES TRAÇADOS À AUTONOMIA PRIVADA

A consagração do princípio da autonomia privada enquanto "pedra angular do sistema civilístico"¹ encontrou fundamento nas sociedades modernas, em face do caráter com o qual se afirmou a idéia de liberdade humana. Trata-se da passagem de uma sociedade feudal para uma sociedade capitalista que, ao promover a libertação do homem, exigiu que aquela idéia, antes esboçada, o fosse de modo extremamente amplo, com vistas a adequar a ideologia do modo de produção capitalista.²

Em atenção a esta idéia, ela "surge como o poder de criação ou modelação jurídica reconhecido à vontade privada. É portanto, um poder de auto-regulação dos interesses nas relações entre os particulares",³ que cumpre com a função de

¹ "É significativo o fato de que a autonomia privada é tida como sendo pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio. A análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses. Em verdade, a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica, à medida em que a própria lei confere explicitamente o espaço em branco para que os particulares o preencham. Esse reconhecimento decorre da aplicação de um critério de exclusão, pois os particulares atuam nos espaços permitidos, isto é, não vedados pela ordem jurídica." (FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba : Educa ; *Scientia et Labor*, 1988. p. 54)

² Ana PRATA argumenta a este respeito, sob os seguintes termos: "A justificação ideológica da ruptura com a ideologia feudal e as necessidades de organização da produção em termos capitalistas conduziram, portanto, à formulação de um conceito de liberdade extremamente amplo, porque o seu momento criador é, a um só tempo, um momento negador (da ordem jurídica existente) -, amplitude que é, simultaneamente, a consequência da forma necessária da sua formulação, isto é, da sua recondução jusnaturalista a um momento pré-jurídico. Dito de outra maneira, porque não havia ainda condições para combater e destruir política e juridicamente a ordem feudal, os instrumentos dessa luta e da vitória nela são situados no domínio filosófico e ideológico, eliminando-se assim a necessidade de justificação do concreto jurídico. A liberdade é um 'patrimônio originário do homem que se contrapõe aos poderes do Estado' e que, no campo do direito privado, não encontra outros limites senão os resultantes da 'exigência de assegurar a coexistência das várias esferas da liberdade individual, todas igualmente dignas de respeito'..." (A **tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra : Almedina, 1982. p. 79)

³ FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do direito privado**. Lisboa : Caminho, 1989. p. 138.

"modelação da vida social".⁴ Nesta perspectiva, ela encontra-se presente tanto nas relações patrimoniais como extrapatrimoniais, revelando-se em maior medida para aquelas, por atuar na promoção de circulação dos bens, revelando outro princípio que nela encontra expressão: a liberdade contratual.⁵

Em todas estas manifestações, o princípio da autonomia privada varia de intensidade conforme o contexto econômico e político no qual se insere. Ganhando, a um tempo, maiores limitações, perdendo-as a outro, ele revela-se como um princípio político,⁶ o que implica em considerá-lo, como uma questão de limites,⁷ colocando em jogo o papel do Estado perante a sociedade. Há então, que se indagar, se a imposição de limites mais apertados, como se revela na atualidade, destituíram-na de seu lugar fundamental do sistema jurídico, já que a aceitação desta idéia poderia significar não apenas a extinção do próprio Direito Civil, mas de valores que investem a dignidade do homem como ser livre.⁸ Para evidenciar esta questão, é necessário delineá-la em seu perfil histórico e em seus fundamentos, que se traduzem na contraposição entre autonomia da vontade e autonomia privada.

Embora boa parte da doutrina refira-se indistintamente a ambos os termos,

⁴ MOTTA PINTO. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. atual. Coimbra : Coimbra, 1994. p. 90.

⁵ *"El reconocimiento jurídico de la libertad contractual abre a los miembros individuales de la sociedad la posibilidad de regular sus asuntos y sus relaciones mutuas mediante acuerdos de carácter negociai según su libre albedrío y su propia responsabilidad. La libertad contractual es la expresión del principio de autonomía privada que impregna la totalidad del Derecho privado; significa el reconocimiento de la 'soberanía' del particular en la configuración de relaciones jurídicas. Estos principios de autonomía de la libertad y de autorresponsabilidad del individuo con relación a sus propios asuntos legitiman la libertad contractual desde el punto de vista jurídico. Lo que los contratantes han regulado para sí, de mutuo acuerdo, por medio de un contrato es obligatorio en la medida en que el ordenamiento jurídico reconoce la libertad contractual. Una regulación contractual no necesita más legitimaciones; rige porque las partes lo han querido y determinado así."* (SCHÄFER, Hans-Bernd ; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. [s.l.]:Tecnos, [s.d.], p. 279)

⁶ Aduz Luiz Edson FACHIN: "O princípio da autonomia privada é também um princípio político". (**Novo conceito**..., p. 58)

⁷ Neste sentido, aduz Luigi FERRI: "o problema da autonomia é antes de tudo um problema de limites, e de limites que são sempre o reflexo de normas jurídicas, na falta das quais o mesmo problema não poderia sequer colocar-se, a menos que se queira identificar a autonomia com a liberdade natural ou moral do homem". (*apud* PRATA, *op. cit.*, p. 13)

⁸ PRATA, *op. cit.*, p. 84.

dando-lhes o mesmo significado, acentua-se a diversidade de concepções que expressam. Neste sentido é de se notar a diferenciação exposta por Francisco AMARAL, ao se referir a uma conotação "subjéctiva e psicológica" revelada pela expressão autonomia da vontade, e de carácter "objectivo, concreto e real", revelado pela autonomia privada.⁹

Em conformidade com esta perspectiva diferenciadora, vamos encontrar o princípio da autonomia da vontade, delineado pelo Direito francês, em uma acepção voluntarista. Em contraposição, desenvolveu-se no Direito alemão, o princípio da autonomia privada, em face de uma concepção mais objectivista do Direito. Cabe, a partir de agora, examinar cada uma dessas concepções.

Em seu perfil histórico, a autonomia privada combina o dado filosófico e o económico na sua origem e fundamentação.¹⁰ Trata-se o primeiro, do individualismo que congregou influências cristãs, do direito natural e da filosofia de Kant, revelando o "personalismo ético". Já o segundo, do liberalismo do século XIX, o qual combinou liberdade, propriedade e contrato em um "sistema económico fundado na livre empresa".¹¹

Em contribuição ao desenvolvimento do princípio da autonomia da vontade, apresenta-se o individualismo, o qual considera o homem como " fonte e causa

⁹ A autonomia da vontade constitui-se no "princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos", enquanto a autonomia privada refere-se "ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento." (AMARAL, Francisco. **Direito Civil** : Introdução. Os fatos jurídicos. A autonomia privada. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 327)

Portanto, como afirma o mesmo autor, a autonomia da vontade é uma "manifestação de liberdade individual no campo do direito", e a autonomia privada, o "poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objectivamente, o carácter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementar, ao ordenamento estatal".⁹ Nesta perspectiva, pode-se citar a diferenciação proposta por Luiz Edson FACHIN, a qual parece complementar a concepção anteriormente mencionada, para quem a "autonomia privada é a manifestação de poder" e a autonomia da vontade, sua expressão. (Novo conceito..., p. 54-56)

¹⁰ Neste sentido, Fernando NORONHA acrescenta ainda, que estes elementos apresentaram-se como essenciais para o tipo de organização societária que nasceu na Europa e se alastrou para as Américas. (**O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) São Paulo: Saraiva, 1994. p. 114)

¹¹ *Ibidem*, p. 114.

final de todo direito".¹² O sujeito passa a ser considerado individualmente ou ainda, isoladamente e não como inserido na sociedade. Isto significa que o Estado e suas instituições servirão para satisfação dos interesses do indivíduo, que se encontra sobreposto à coletividade.

O desenvolvimento histórico desta concepção filosófica, guarda influências do cristianismo, ao colocar o homem no centro das preocupações. Mas também do direito natural, ao idealizar que os direitos subjetivos teriam origem na própria essência humana e não no direito objetivo.¹³ Tais postulados vão encontrar ressonância nas teses contratualistas da origem do Estado e da sociedade, a qual passa a se encontrar no próprio homem e na sua vontade. Outorga-se, então, um fundamento voluntarista para as instituições políticas e jurídicas,¹⁴ onde o homem passa a ser considerado como autônomo e capaz de se obrigar apenas por sua vontade. No entanto, é sob a influência da ética kantiana, que a expressão autonomia da vontade encontra seu maior significado. Trata-se da ética autônoma fundada por Kant: sua moralidade fundamenta-se na vontade racional pura, destituída de condicionamentos externos. Ela inspira-se na razão e revela o homem considerado como fim em si mesmo e não como um meio. Trata-se de conferir valor e dignidade ao homem, em si próprio, impedindo-o de submeter-se a outras leis, senão aquelas que lhe dê a si mesmo.¹⁵

Tais idéias reveladas pelo "personalismo ético" de Kant, somadas à concepção herdada do jusracionalismo de que o homem é livre, vão caracterizar a soberania à vontade individual. Isto quer dizer que esta é a única fonte de toda obrigação jurídica,¹⁶ delineando-se assim, os quadrantes da autonomia da vontade.

¹² AMARAL. *Direito...*, p. 333.

¹³ GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil : les obligations le contrat*. Paris : LGDJ, 1980. p. 19.

¹⁴ Neste sentido, aduz Jacques GHESTIN, que a sociedade não deve ser constituída por mais do que indivíduos entre os quais as relações sociais não podem ser organizadas senão sob fundamento voluntário, isto é, contratual. (*Ibidem*, p. 19-20)

¹⁵ NORONHA, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations...*, p. 20.

A partir desta formulação, também ficam esgotadas as possibilidades de injustiça, pois esta torna-se impossível de ocorrer, à medida em que o homem decide-se por si mesmo. À tal acepção, encontra-se ligada a idéia de que toda justiça provém do contrato, o que não poderia ser mais adequado à doutrina econômica liberal, pois "quem diz contratual, diz justo".¹⁷

A segunda influência ao princípio da autonomia da vontade, revela-se com o liberalismo econômico. Em razão do desenvolvimento econômico alcançado pela indústria e comércio no século XIX, caracterizada pela intensificação das relações de troca, o contrato ganha papel de destaque: passa a ser o principal instrumento para circulação dos bens. Entretanto, para que isso fosse possível, todos os entraves à liberdade contratual teriam que ser retirados.¹⁸

Assim, o princípio do *laisse faire, laisser passer*, implicitamente, completava o *laisser contracter*, apregoado pelo liberalismo.¹⁹ Nesta perspectiva, juntamente com o elemento vontade, a liberdade apresenta-se como fundamento básico do referido princípio.²⁰ Liberdade e vontade constituem-se como emanções da personalidade humana, os quais ganham relevância para o Direito. Assim, encontramos a vontade que se manifesta no ato jurídico com a criação, modificação ou extinção das relações jurídicas²¹ e a liberdade enquanto poder que possibilita ao sujeito atuar com eficácia no mundo jurídico.²²

Deste modo, conjugam-se vontade e liberdade, que sob as vestes da autonomia da vontade, vão propiciar um modelo de "justiça contratual" apregoado pelo liberalismo. São as próprias convenções, que pelo livre jogo da oferta e da procura, propiciam o justo, não se admitindo que o "justo preço" possa ser determinado de modo exterior e objetivo. Assim, o equilíbrio entre as prestações é

¹⁷ *Ibidem*, p. 20.

¹⁸ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations...*, p. 21.

¹⁹ *Ibidem*, p. 21.

²⁰ AMARAL, *Direito...*, p. 337.

²¹ AMARAL. *Direito...*, p. 326.

²² AMARAL. *Direito...*, p. 326.

livremente obtido pelas partes. Trata-se de uma justiça contratual, baseada na livre concorrência, a qual prescinde de qualquer intervenção do Estado,²³ encontrando destaque, uma concepção ideológica de função social do contrato: a que se perfaz pelo livre jogo do mercado sem qualquer necessidade de intervenção.

Em uma perspectiva econômica, ainda resulta como fundamento do princípio da autonomia da vontade, o direito de propriedade.²⁴ Do mesmo modo que o direito natural acentuou a liberdade como direito essencial a todos os homens, erige-se a igualdade. Era necessário descartar todos os privilégios estabelecidos pelo sistema feudal, concretizando-se a igualdade de todos os homens, ainda que tão-somente formal. Deste modo, retiravam-se os entraves que se apresentavam à circulação da propriedade dos bens, tornando-se todos sujeitos de direito, ao dispor de titularidades. Em conformidade com este panorama que se apresenta no início da Idade Moderna, pode-se dizer com Ana PRATA que, "quando a pessoa passa a poder dispor do bem - e não apenas a ter o poder de usar e assegurar a sua utilização produtiva - então ela afirma-se exclusivamente como titular de um poder de produzir efeitos jurídicos, já não só como meio de exclusão das restantes pessoas, mas também como meio de transmissão do próprio bem."²⁵

Isto significa que o princípio da autonomia da vontade traduz "um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado da circulação dos bens por meio de troca e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico."²⁶ A esta altura, já se revela seu fundamento ideológico: o liberalismo, "que fez da liberdade o princípio orientador da criação jurídica no âmbito do direito privado..."²⁷ e que eleva a autonomia da vontade à condição de dogma dos sistemas codificados do século XIX. Eis porque, mais do que jurídico, referido princípio revela-se como político.

²³ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations...*, p. 21.

²⁴ Neste sentido: AMARAL, *Direito...*, p. 337; PRATA, *op. cit.*, p. 7.

²⁵ *Op. cit.*, p. 7.

²⁶ AMARAL. *Direito...*, p. 338.

²⁷ AMARAL. *Direito...*, p. 338.

Exposta esta idéia, poder-se-ia indagar da consagração do referido princípio em um dos principais modelos codificados do oitocentos: o Código Civil francês. Entretanto, não se encontrará no referido diploma, qualquer dispositivo expresso a respeito da autonomia da vontade. Portanto, seria mais exato afirmar em conformidade com Jacques GHESTIN, que tal princípio inspirou muito mais a interpretação doutrinária do *Code*, do que o próprio Código.²⁸ Assim, a pretensa neutralidade apregoada pela Escola da Exegese, apresenta-se aqui em contrariedade à interpretação voluntarista que traduzia os anseios do individualismo e do liberalismo.

Nesta perspectiva, encontra-se na "vontade humana" o elemento nuclear e toda a fonte das relações contratuais, em lugar da autoridade da lei,²⁹ de sorte que pode se afirmar que "a vontade é, portanto, a força fundamental que vincula os indivíduos".³⁰ Esta concepção que se traduz na superioridade do direito subjetivo sobre o direito objetivo, norteia as sociedades codificadas do século XIX, e transforma-se por uma inversão daquela idéia, repercutindo sobre o princípio, não mais configurado como autonomia da vontade, mas como autonomia privada.

Trata-se da "decadência do voluntarismo", que retira da vontade, o lugar de fundamento de nossos princípios e institutos de Direito Privado. Nesta perspectiva, indaga-se do termo "autonomia da vontade", pretendendo substituí-lo por "autonomia privada", pois assim, "negar-se-ia à vontade real ou subjetiva, a função de causa e efeitos jurídicos ou de elemento nuclear de suporte fático suficiente que mereceria a incidência da norma jurídica."³¹

Nesta perspectiva, o delineamento alcançado pelo princípio da autonomia da vontade tem estreita vinculação com o tipo de Estado, o que poderia explicar até mesmo o motivo pelo qual referido princípio não alcançou a posição de fundamento

²⁸ PRATA, *op. cit.*, p. 21.

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1999. p. 44.

³⁰ *Ibidem*, p. 47.

³¹ LÔBO. **Do contrato no Estado Social**. Crise e transformações. Maceió : Edufal, 1983. p. 57.

da ordem jurídica privada entre os romanos.³²

No Estado moderno, de índole liberal, este *status* conferido ao citado princípio é alcançado pela rigorosa separação entre Estado e sociedade.³³ Nesta perspectiva, revelam-se os limites entre o público e o privado, evitando-se aquele de interferir neste. Entretanto, aquela nítida separação perde lugar, o que se traduz em uma interferência cada vez maior do público sobre o privado. Uma vez descaracterizados os pilares que a sustentavam, multiplicam-se os limites à autonomia privada, sob pena de destituí-la de seu lugar de soberania.

Assiste-se ao declínio do princípio da autonomia da vontade, por se conceber uma liberdade contratual ilimitada retirando-se o Estado da origem desta, bem como dos direitos subjetivos.³⁴ Nesta perspectiva, reivindicam-se limites, o que permitiu o desenvolvimento da teoria do abuso do direito e do princípio da boa-fé, com vistas a alcançar a justiça contratual. É neste momento que se verifica a inversão de uma idéia fundamental antes aduzida, enquanto caracterização do princípio da autonomia da vontade: o direito objetivo revela-se em anterioridade ao direito subjetivo, possibilitando a intervenção do Estado e, conseqüentemente, a imposição de limites à liberdade contratual.

Neste contexto, configura-se o princípio da autonomia privada, utilizada como fundamento para explicação do negócio jurídico, tornando-se este, em seu

³² Eis o raciocínio oferecido por Clóvis do COUTO E SILVA: "No mundo romano, deveu-se ao "imperium" dos magistrados o desenvolvimento do direito civil, através do direito honorário. O conceito dinâmico de "actio", e não o estático de direito subjetivo, ocupava, então, o lugar de centro do sistema jurídico. A determinação do Direito pela atividade processual e o rígido formalismo, que marcam caracteristicamente a primeira fase do Direito romano, fizeram com que, mesmo no período clássico, a vontade fosse sempre considerada como algo fático, não se reconhecendo, à sua autonomia a posição de princípio jurídico." (*A obrigação como processo* São Paulo : Bushatsky, 1976. p. 17)

³³ COUTO E SILVA. *A obrigação*..., p. 18.

³⁴ Em conformidade com o que aduz Fernando NORONHA. (*Op. cit.*, p. 122): "O que causou o declínio da *théorie de l'autonomie de la volonté*, como ainda hoje a autonomia privada continua sendo designada na França, resumem ainda Starck, Roland e Boyer, foi, 'por um lado, o esquecer-se a regra elementar segundo a qual a lei, e portanto o Estado, está na origem de todos os nossos direitos subjetivos, aí incluído o de contratar e, por outro lado, o abuso que se fez da liberdade de contratar num contexto sócio-econômico permitindo aos fortes explorar os fracos e, por último, e sobretudo, as necessidades de uma economia planejada".

principal instrumento.³⁵ De sorte que, despidos do dogma da vontade, passa-se à uma relaboração da autonomia privada, enquanto "auto-regulação dos interesses particulares".³⁶

Nesta perspectiva, verifica-se também as repercussões de uma mudança metodológica, que já se processavam em fins do século XIX no Direito. O fundamento dos princípios e institutos jurídicos desloca-se da vontade para o interesse, o que resulta claro das concepções de direito subjetivo contrapostas para o finalismo, significando a abertura do ordenamento jurídico para os valores.

Esta concepção de autonomia privada, que serve de fundamento ao negócio jurídico, desenvolve-se no espaço alemão. No BGB, à semelhança do que ocorre com o Código francês, não se encontra qualquer enunciado que refira-se ao princípio, em termos expressos. Mas diversas regras consagram-no implicitamente, como aquela que se refere à liberdade contratual,³⁷ o que não significa que o princípio da autonomia privada encontre-se destituído de limites no BGB. Assim, apresentam-se limites aos atos jurídicos, que não poderiam ser ultrapassados sob pena de nulidade, como as proibições legais, no parágrafo 134³⁸ e os bons costumes no parágrafo 138.³⁹ Isto revela uma perspectiva diversa, daquela que se

³⁵ "Com a decadência do voluntarismo, tornou-se necessária a explicação da categoria dos negócios jurídicos fora do dogma da vontade, levado à suas derradeiras consequências pela Escola das Pandectas [...] Encontra-se, pois, na autonomia privada, o substrato do negócio jurídico. Ele é o instrumento que o Direito oferece aos particulares para que disciplinem seus interesses e travem relações com o objetivo de compô-los". (GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo : RT, 1967. p. 65-67)

³⁶ GOMES. **Transformações** ..., p. 67.

³⁷ WITZ, Claude. **Droit privé allemand**. 1. Actes juridiques, droits subjectifs. BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales d'affaires. Paris: LITEC, 1992. p. 108. "A autonomia privada não encontra uma menção expressa nas normas jurídicas privadas, uma vez que estas a pressupõem; apenas com base neste pressuposto são realmente entendíveis. Na verdade, a autonomia privada necessita da ordem jurídica como correlativo, visto que o indivíduo estabelece e conforma relações jurídicas." (HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português**. Teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 1992. p. 53)

³⁸ "§ 134- Un acte juridique qui contrevient à une prohibition légale est nul, à moins que le contraire ne résulte de la loi."

³⁹ "§ 138 -"Est nul tout acte juridique contraire aux bonnes mœurs.

Est notamment nul tout acte juridique par lequel une personne, en exploitant le besoin, l'inexpérience, le défaut de capacité de jugement ou les importantes faiblesses de la volonté d'autrui, se fait promettre ou accorder à elle-même ou à une autre personne, en contrepartie d'une prestation,

quis alcançar no sistema francês. Não se trata de afirmar que o *Code* não apresentava limites, tanto que estes podem ser encontrados na a ordem pública e os bons costumes (artigo 6º ⁴⁰), ⁴¹ à liberdade contratual. Mas enquanto estes limites resultam apagados pela interpretação voluntarista, que se delineou ao Código Francês, aqueles apresentados pelo BGB evidenciam-se ainda mais por uma jurisprudência, que " reforçou os limites legais do princípio da autonomia privada". ⁴²

Trata-se de uma perspectiva já revelada na fase de discussão do projeto do BGB, pela qual se entendia ser necessário conceber uma liberdade limitada, ⁴³ e que se traduz em uma diversidade de projetos de codificação entre os sistemas francês e alemão. ⁴⁴ Portanto, desta contraposição de sistemas, é possível que a autonomia privada não se apresente como um conceito pretensamente destituído de limites, como se quis fazer pensar em relação à autonomia da vontade, mas um conceito que engloba limites reconhecidos pela ordem jurídica. Assim, em conformidade com o que aduz Luiz Edson FACHIN, a autonomia privada é autonomia conforme o Direito, pois "ilógico seria pensar que o sistema jurídico fechado permitiria um universo fora de seus quadrantes fundamentais. Há, isto sim, uma permissão do sistema para que os particulares de um modo geral disciplinem seus interesses". ⁴⁵

des avantages patrimoniaux qui sont par rapport à cette prestation dans une disproportion choquante."

⁴⁰ "Art. 6 On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs."

⁴¹ GHESTIN. *Traité de droit civil : les obligations...*, p. 29.

⁴² Assevera Claude Witz (*Op. cit.*, p. 109), "que os juízes interpretaram amplamente o § 138 e 242 do BGB a fim de moralizar as relações contratuais (§138 BGB) e de neutralizar as cláusulas contrárias ao princípio da boa-fé ou de sancionar os comportamentos contraventores a este princípio (§ 242 BGB)."

⁴³ WITZ, *op. cit.*, p. 109.

⁴⁴ Já referida no capítulo 1 deste trabalho, esta diversidade deve-se à preponderância do direito subjetivo sobre o objetivo presente no sistema francês e preponderância deste sobre àquele no sistema alemão, suscitadas por Orlando de CARVALHO.

⁴⁵ FACHIN. *Novo conceito.....*, p. 54.

Ao se delinear a autonomia privada nestes termos, afasta-se a concepção objetiva de negócio jurídico, segundo o qual este demandaria o poder de criar normas ou preceitos. Trata-se da essência normativa do negócio a qual foi acentuada por Emílio BETTI,⁴⁶ pois os particulares não possuem poder normativo.⁴⁷

Esta concepção de negócio jurídico, propugnada por alguns autores, em meio à autonomia privada, encontra-se com aquela esboçada ao contrato enquanto "lei entre as partes", na perspectiva da autonomia da vontade. Eis que se a primeira decorre de uma teoria objetiva, que desconsidera a vontade, a segunda decorre de uma teoria voluntarista, que eleva-a à condição de dogma. Trata-se, portanto, de se chegar à mesma conclusão, ainda que por outro viés, o que de modo algum traduz o verdadeiro sentido da autonomia privada.⁴⁸

E ao se acentuar a demissão da vontade da concepção da autonomia privada ou do negócio jurídico, não se quer com isto, desviar o fato de que para tais institutos não seja fundamental a vontade individual e a liberdade.⁴⁹ Mas que para estas, impõem-se limites, cujo sentido deve ser precisado. Há muito vive-se em uma época na qual se acentuam e multiplicam-se as limitações à autonomia privada. Entretanto, referidas limitações, que na atualidade se avultam, sempre existiram, embora antes se revestissem de um caráter negativo, como próprias de um Estado liberal. Contemporaneamente, mudaram sua qualificação, tornando-se positivas e próprias de um Estado Social de Direito, traduzindo-se na substituição, cada vez maior, de regras supletivas e dispositivas, afeitas ao direito obrigacional clássico, por normas cogentes.

Tais limitações erigem-se no sentido de "reação anti-individualista",⁵⁰ o que se traduz, por vezes, na submissão dos interesses individuais aos interesses

⁴⁶ GOMES. *Transformações* ... p. 66-70.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 69.

⁴⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*: "Da aceitação da autonomia privada como substrato do negócio jurídico, não resulta a necessidade lógica de aderir à teoria objetiva do negócio jurídico, que o tem como preceito ou norma".

⁴⁹ FACHIN. *Novo conceito*..., p. 58.

⁵⁰ GOMES. *Transformações*..., p. 66.

coletivos. Trata-se do princípio da função social, que passa a envolver os principais institutos do direito privado: a propriedade, o contrato e a família, e chegam à autonomia privada.⁵¹

Nesta perspectiva, o referido princípio torna-se "funcionalizado", impregnando de um sentido social, em abandono ao dogma da vontade e à própria teoria que considera o negócio jurídico como seu instrumento.⁵² Assim, passa a se falar de "crise" da autonomia privada, cumprindo indagar se ela ainda se mantém em seu lugar de "pedra angular" do sistema privado, persistindo como conceito jurídico e princípio político.⁵³

5.2 A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO COMO JUSTO LIMITE À AUTONOMIA PRIVADA

Ao se esboçar em páginas anteriores, a autonomia privada como um princípio fundamental para as sociedades modernas, a "ideologia do individualismo" delineia-lhe uma base econômica, onde a liberdade e a igualdade surgem não apenas como expressão dos interesses de uma nova classe ascendente, mas como aspiração à realização da personalidade.⁵⁴

Isto confere um caráter "ilimitado" à autonomia privada, e de tal modo que as limitações impostas aos veículos de sua realização, o direito subjetivo e o negócio jurídico, passam a idealizar uma pretensa "crise" àquele princípio. Nesta

⁵¹ AMARAL. *Direito* ..., p. 345.

⁵² Neste sentido, explica Orlando GOMES: "A teoria que conceitua o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada impregna-se de sentido social, ao abandonar o dogma da vontade. [...] Deixa-se, em consequência, de definir o negócio jurídico como declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, para conceituá-lo como o ato de autonomia privada que empenha o sujeito, ou os sujeitos que o praticam, a ter conduta conforme ao regulamento dos seus interesses fixado com a prática do ato. Obviamente, é a lei que vincula o sujeito, ou as partes, a observar esse comportamento. Vincula-se por seu comportamento, não se lhe permitindo invocar deficiências do processo volitivo que não puderam ser descobertas pelos outros e, além disso, prescinde-se da investigação do intento do agente." (*Transformações*..., p. 70-71)

⁵³ FACHIN. *Novo conceito*..., p. 70.

⁵⁴ FIGUEIRA, *op. cit.*, p. 139.

perspectiva, importa indagar "se os limites impostos aos direitos subjetivos, para que o seu exercício não seja considerado abusivo, valem ou não para a regra básica da autonomia privada."⁵⁵ Trata-se de uma indagação que é resultado de uma construção teórica em torno do abuso do direito que, há muito, já rompeu a barreira dos direitos subjetivos que brotam diretamente da lei, para se impor àqueles advindos do contrato. E que, portanto, leva-nos a indagar se os limites impostos aos direitos subjetivos valem para a autonomia privada, e se é a teoria do abuso do direito que chama para si semelhantes limitações.⁵⁶

O princípio da autonomia privada encontra no direito subjetivo e no negócio jurídico seus veículos de realização⁵⁷ revelando, assim, um nexo que os liga de tal forma que estes últimos também expressam a liberdade individual. Considerando-se que a principal categoria de negócio jurídico constitui-se no contrato, este configura-se como o principal instrumento pelo qual aquele poder é exercitado.⁵⁸ Trata-se da liberdade contratual que, ao encontrar tradução na liberdade de contratar e na estipulação de seu conteúdo, revela-se como expressão daquele princípio anteriormente referido.

Em atenção a esta vinculação, o individualismo delineou uma concepção "absoluta" de direito subjetivo, ao qual não se traçariam limites, a não ser aqueles

⁵⁵ "Por um lado, a idéia do abuso do direito abrange tanto os direitos subjetivos que brotam diretamente da lei, como os direitos que nasçam dos contratos, à sombra do princípio reivindicativo da autonomia privada. O direito de preferência, por exemplo, pode ser abusivamente exercido, tanto quando a preferência (ou preempção) é concedida por lei, como quando resulta dum pacto ou duma cláusula negocial de preferência." (ANTUNES VARELA. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*. Rio de Janeiro, v. 1, 1982. p. 38)

⁵⁶ "Por outro lado, interessa naturalmente saber se os limites impostos aos direitos subjetivos, para que o seu exercício não seja considerado abusivo, valem ou não para a regra básica da autonomia privada. Encontra-se o princípio da autonomia privada subordinado ou não aos mesmos limites que o comum dos direitos subjetivos? E, no caso afirmativo, é a teoria do abuso do direito que chama justificadamente a si a definição de semelhantes limitações?" (*Ibidem*, p. 38)

⁵⁷ "Mas não é só através do negócio jurídico que a autonomia da vontade ou a autonomia privada se revela e actua, embora seja o negócio jurídico o seu meio principal de atuação. É também a autonomia privada que se manifesta *no poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo dos seus bens pelos particulares* - ou seja, é a autonomia privada que se manifesta na 'soberania do querer' - no império da vontade - que caracteriza essencialmente o *direito subjectivo*." (MOTA PINTO, *op. cit.*, p. 90)

⁵⁸ FIGUEIRA, *op. cit.*, p. 140.

necessários para coexistência de prerrogativas semelhantes. Assim, prevalecia a concepção que, por se encontrarem na essência dos direitos individuais, limitações não eram.⁵⁹ De semelhante forma, o contrato foi erigido sob a perspectiva de sua "soberania absoluta", tratando-se de conceituá-lo como "acordo de vontades" dotado de intangibilidade, imune à intervenções, especialmente por parte do Estado.

Estas concepções, encontram na sua base, a idéia de liberdade enquanto direito natural, oposto ao Estado, e de uma igualdade, ainda que tão somente formal, mas capaz de abstrair as diferenças econômicas e sociais entre os indivíduos. Com efeito, o dogma da autonomia da vontade desenha-se com um carácter ilimitado, o que não significa que ela encontre-se destituída de limites, pois a ordem pública e os bons costumes são tradicionalmente admitidos como tal. Apenas ocorre, que estes últimos acham-se delineados por perfil indeterminado, revelando-se como externos e decorrentes de uma atuação negativa do Estado. Tais limites também configuram-se para o direito subjetivo e o contrato, não tardando a se revelar como insuficientes e, por isso, traçando o panorama propício à teoria do abuso do direito.

Contrariamente, seu significado encontra-se esboçado no fato que cada limite que se imprime à autonomia da vontade, importaria em limitação da própria liberdade.⁶⁰ Trata-se do carácter excepcional conferido a esta última, proporcionado pela não intervenção do Estado, garantindo-se ao indivíduo sua esfera de livre atuação.

Nesta perspectiva, justifica-se uma concepção restrita delineada para a teoria do abuso do direito. Assim, encontramos os critérios subjetivistas, sob a égide dos quais, o ato abusivo se traduz na intenção de prejudicar. Do mesmo modo, alinham-se os critérios objetivos, delineados por aquilo que se caracterizaria como

⁵⁹ Aduz Rosario NICOLÒ: "não são na realidade limites da autonomia, mas seus aspectos essenciais, reflexo do carácter bilateral das normas de direito civil que, quando tutelam um interesse através da atribuição daquele poder de o realizar, que é o direito subjectivo, têm necessariamente de criar, através de uma situação subjectiva passiva, de dever, de obrigação, de sujeição, um limite da liberdade dos outros sujeitos." (*Apud* PRATA, *op. cit.*, p. 81)

⁶⁰ HÖRSTER, Heinrich Eward. **A parte geral do código civil português**: teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 1992. p. 56.

um momento de transição: o fim social do direito, mas como algo que lhe é exterior. Com efeito, o abuso do direito é desenhado com um caráter accidental, excepcional, que não alcança a essência do direito subjetivo e do contrato e, conseqüentemente, da própria autonomia privada.

No entanto, as transformações que sobrevieram às sociedades pós-industrializadas, inauguraram a "crise" dos institutos jurídicos que compunham o quadro da civilística clássica. Tratava-se de exigir novas limitações à liberdade individual, face à insuficiência dos contornos tradicionalmente traçados à autonomia privada.

É neste contexto, que a teoria do abuso do direito assiste sua "decadência" nos quadros da jurisprudência francesa, a partir da última metade deste século, proporcionada pelo seu caráter exegético, não passando de uma interpretação melhorada das normas jurídicas.⁶¹ Trata-se do caráter impresso pelo "voluntarismo jurídico", o qual se bastava a garantir a inexistência de vícios à vontade, encontrando-se na livre manifestação desta última, a justiça do próprio contrato. Assim, nas raias de uma interpretação voluntarista, afastava-se tudo o que pudesse representar limite à autonomia da vontade, traduzindo-se em ameaça a uma sociedade cujo sistema econômico encontrava-se assentado na livre concorrência. E tanto é assim que, no espaço jurídico francês o princípio da boa-fé contratual ganhou índole subjetiva, significando em reforço às obrigações contratuais pelos particulares. Mas, em nome do solidarismo que invade o Direito Privado, é justamente este o princípio que presta-se a interferir na estrutura inabalável do contrato.⁶²

⁶¹ "Assim entendido, o abuso do direito apenas permitia nominar uma interpretação melhorada das normas jurídicas em presença e, designadamente, das que instituem e delimitam o direito de propriedade. Logo que se ultrapassou um estágio exegético nesse tipo de interpretação, o 'abuso' entrou em decadência científica e desapareceu: há um bom meio século que não se consegue documentar o abuso do direito em decisões jurisprudenciais francesas." (MENEZES CORDEIRO. **Teoria geral do direito civil**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 1º volume. p. 372)

⁶² "...o dever ou proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos predeterminados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa-fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito, etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de socialidade". (AMARAL. **Direito...**, p. 345)

Nesta perspectiva, princípios antes obscurecidos pela autonomia da vontade, passam a compor o primeiro plano da teoria contratual.⁶³ Antigas e novas construções teóricas encontram-se com vistas a alcançar a justiça no contrato: parte-se da teoria da imprevisão à base do negócio jurídico; a lesão e a causa são revitalizadas; ganha lugar o fenômeno da culpa *in contrahendo* e da culpa *pos pactum finitum*; e a teoria do abuso do direito reveste-se da forma de "exercício inadmissível de posições jurídicas". Trata-se esta, da última das orientações que se revela para o ato abusivo, sob a égide de critérios objetivos. Impulsionados pela tese finalista de Josserand, o teor destas construções perpassa pelas concepções axiológicas, que colocam em relevo a contrariedade ao elemento interno das prerrogativas individuais.

Com efeito, a teoria do abuso do direito deixa de se configurar como mero limite externo ao exercício dos direitos subjetivos e passa a se configurar como limite interno, despindo-se de um caráter excepcional. Em contrariedade com a boa-fé, proporciona-se a libertação da construção teórica da abusividade dos quadros do direito subjetivo, e transpondo-se definitivamente para o contrato. Há nisto, o encontro com uma reconstrução do sistema contratual, que segundo Orlando GOMES, ocorre no sentido de "libertar o conceito de contrato da idéia de autonomia privada e admitir que, além da vontade das partes, outras fontes integram o seu conteúdo."⁶⁴

Tais alterações correspondem à reformulação do papel do Estado, não mais ancorado à perspectiva de sua abstenção nas relações privadas, mas que se encontra coerente com sua atuação interventiva, capaz de delinear limites positivos à autonomia privada. Se por um lado, isto não implica em negá-la, pois tanto o

⁶³ "a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que permitiu que desabrochassem os princípios da boa-fé e da justiça contratual - os quais, aliás, nunca deixaram de estar latentes em todos os ordenamentos: apenas eram ofuscados pelo brilho artificial acrescentado ao princípio da (velha) autonomia da vontade" (NORONHA, *op. cit.*, p. 122)

⁶⁴ **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000. p. 15.

artigo 1º ⁶⁵ quanto o artigo 170⁶⁶ da Constituição Federal concebem a iniciativa privada, ora como um dos princípios do Estado Democrático de Direito, ora como base da ordem econômica. Ela passa a encontrar-se afeita a controles constitucionais, de modo a poder se dizer, parafraseando Pietro PERLINGIERI, que ela deixa de ser concebida como um valor em si mesmo, ou subtraída de controle e funcionalização proporcionada pelas normas constitucionais.⁶⁷

Assim, apresentam-se os princípios da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho, esculpidos pelo artigo 1º e os fins da "existência digna" e da justiça social no próprio teor do artigo 170 da Constituição Federal. Sob esta perspectiva, verifica-se que não há que se falar em "crise", pois é a própria autonomia privada que torna-se funcionalizada, a partir de um sentido social e em abandono ao dogma da vontade.⁶⁸ E de tal modo que pode se afirmar pelas palavras de Pietro PERLINGIERI que: "Não se pode mais discorrer sobre limites de um dogma ou mesmo sobre exceções: a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional."⁶⁹

Neste cenário, o princípio da boa-fé impõe-se como novo paradigma para as relações contratuais, especialmente configurado nas relações de consumo,

⁶⁵ "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;"

⁶⁶ "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ..."

⁶⁷ **Perfis do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 277.

⁶⁸ GOMES. **Transformações...**, p. 70.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 280.

delineando-se como limite à autonomia privada.⁷⁰ Há nisto, uma contraposição de princípios que importa em indagar por que a boa-fé vem se impondo com notável força neste contexto. Ao delinear seu alcance constitucional, esculpido pelo valor da solidariedade, previsto no artigo 3º, I da Constituição Federal,⁷¹ e exigível para que se cumpra a função social do contrato, ela não se configura como mero limite, ao menos não, enquanto norteado por um caráter excepcional.⁷² Sua tarefa encontra tradução no sentido de "funcionalizar" a autonomia privada⁷³ o que implica em conformá-la, ao contrário do passado, à dignidade da pessoa humana. Trata-se com isto, de despatrimonializá-la ou ainda, repersonalizá-la. Nesta perspectiva, encontra-se a afirmação, segundo a qual não se poderia mais dizer que "o modelo do direito privado é o da autonomia da vontade como princípio fundamental da organização das relações sociais".⁷⁴

No entanto, o teor destas considerações explica apenas em parte, a importância com a qual se impõe a boa-fé vislumbrando a objetivação a teoria contratual. A resposta à indagação antes proferida, perpassa pelo seu sentido econômico, presente de semelhante modo entre os romanos e a jurisprudência comercial germânica do século XIX. Trata-se do seu caráter, ressaltado por

⁷⁰ Neste sentido, aduz Cláudia Lima MARQUES, que "o princípio da boa-fé objetiva é, portanto, um princípio limitador do princípio da autonomia da vontade e um elemento criador de novos deveres contratuais, que deve contar, para sua maior efetividade, com sua previsão legal específica." (*Op. cit.*, p. 116).

⁷¹ MARTINS-COSTA. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, v. 3, set./dez. 1992. p. 138.

⁷² "Entre a autonomia da vontade e correlativa liberdade contratual, por um lado, e as restrições ao conteúdo da contratação, por outro, já não pode estabelecer-se a relação de especialidade e muito menos a de excepcionalidade. São áreas que não se subordinam numa relação de hierarquia, mas se situam no mesmo plano, governadas por princípios diferentes." (FIGUEIRA, *op. cit.*, p. 142).

⁷³ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 217.

⁷⁴ Trata-se da afirmação esboçada por Eliseu FIGUEIRA: "Em resumo, já não se pode dizer-se hoje que o modelo do direito privado é o da autonomia da vontade como princípio fundamental da organização da liberdade e igualdade dos sujeitos intervenientes na produção e circulação dos bens; paralelamente, há hoje um outro modelo atravessado por freqüentes desvios que não se apresentam como simples restrições, meros elementos negativos, mas como elementos positivos cuja violação importa a conformação à legalidade." (*Op. cit.*, p. 143)

Giovanni CATANNEO, segundo o qual a boa-fé apresenta-se como verdadeira "honestidade mercantil".⁷⁵

E o sentido desta configuração, torna-se mais claro se voltarmos algumas páginas, e atentarmos para o papel por ela desempenhado, ao moldar o "exercício inadmissível de posições jurídicas". No capítulo anterior, restou rompido o caráter "absoluto" dos direitos subjetivos conferidos pelo contrato, ao se atentar para o teor conferido por aquelas modalidades de abuso do direito.

Não se trata apenas de limitar o exercício de prerrogativas conferidas pelo contrato, mas de criar (*surrectio*), extinguir (*supressio*) ou impedir que o direito seja exercido (*tu quoque*). Com isto, atinge-se a própria essência dos direitos subjetivos, sem contudo, destruir o contrato, mas ao contrário, mantê-lo vivo, reforçando cada vez mais o vínculo contratual.⁷⁶ Assim, pelo sacrifício de algumas liberdades, é possível manter outras ou de modo ainda mais claro, o conjunto daquelas transformações, antes evidenciadas, proporcionadas em grande parte pelas intervenções do Estado, não há desconsideração da vontade, mas seu reforço.⁷⁷

Em conformidade com esta perspectiva, pode se dizer que o princípio da boa-fé não se apresenta propriamente como um limite à liberdade individual, mas como um princípio regulador, que a conserva enquanto valor do ordenamento jurídico.⁷⁸ Assim, ela não a destituiu de seu lugar de fundamento do Direito Privado, ao contrário, "contribui substancialmente e assegura o melhor funcionamento do

⁷⁵ Buona fede obbiettiva e abuso del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, a. 25, 1971, p. 632.

⁷⁶ "A relação contratual não libera os contraentes de seus deveres de agir conforme a boa-fé e os bons costumes, ao contrário, a vinculação contratual os impõem, os reforça!" (MARQUES, *op. cit.*, p. 109)

⁷⁷ "Na verdade, porém, é difícil vislumbrar um sentido unívoco nestas transformações. Por um lado, as intervenções do Estado, ainda que importem na necessidade de se redimensionar a esfera do público e do privado - e, portanto, das relações entre a norma e a vontade -, não necessariamente significam uma desconsideração da vontade do indivíduo, mas, em muitos casos, um reforço a esta. Com efeito, o fundamento imediato de algumas destas intervenções segue uma lógica de forma alguma antagônica à vontade; ocorre, ao contrário, a realização do pressuposto de sua livre manifestação: 'Anular um contrato abusivo é, no fim das contas, prestar homenagem à força do contrato livremente concluído.' " (NEGREIROS, *op. cit.*, p. 208)

⁷⁸ CATANNEO, *op. cit.*, p. 634.

sistema fundado sobre a autonomia privada." ⁷⁹

Mas por outro lado, não se pode perder de vista, que a boa-fé não escapa a perfazer a defesa dos mais fracos em sua dignidade humana, consubstanciando em uma reação de índole anti-individualista em nome do solidarismo. E nesta perspectiva, concebe-se realmente uma autonomia privada funcionalizada, de modo a encontrar referida orientação, sob as vestes de uma tutela constitucional.

Mas cumpre indagar desta suficiência apresentada pelo princípio da boa-fé, por vezes, nos estudos de nossos juristas, e especialmente no que se refere ao abuso do direito. Impõe-se então, o papel do jurista enquanto condutor deste processo, e a imposição de um "cânone genérico da solidariedade." ⁸⁰

5.3 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS JURISTAS E AS PERSPECTIVAS PARA O ABUSO DO DIREITO

As perspectivas, sob as quais se delinearam o abuso do direito nas páginas anteriores, trazem em suas entrelinhas o teor de uma constatação: o referido tema presta-se a demonstrar, como nenhum outro, o "problema metodológico da juridicidade", ⁸¹ colocando em questão a responsabilidade social do jurista. ⁸²

⁷⁹ CATTANEO, *op. cit.*, p. 633. Aduz Heenrich Ewald HÖRSTER: "...havendo situações de desequilíbrio real, o legislador tem a obrigação de limitar a própria liberdade contratual contra seu abuso, procedimento esse que se reverte num reforço do princípio. A autonomia privada e a liberdade contratual não existem para explorar o econômica ou intelectualmente mais fraco. Por conseguinte, o direito privado tem a obrigação de proteger o mais fraco onde isto se mostrar indicado." (*Op. cit.*, p. 65)

Afirma Cláudia Lima MARQUES, trata-se de "...garantir uma nova proteção da vontade dos consumidores contra as pressões da sociedade de consumo, isto é, garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco." (*Op. cit.*, p. 130)

Assegura MENEZES CORDEIRO, "muitas vezes a autonomia privada torna-se perceptível justamente pela contraposição dos limites que lhe sejam apostos; de outro modo, ela passaria despercebida na massa informe de um jogo sem regras." (*Teoria geral...*, p. 352)

⁸⁰ CATTANEO, *op. cit.*, p. 635.

⁸¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto-Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade**: ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. v.1: a crise. p. 528.

⁸² "Não se recuse embora à função que lhe cumpre, de que modo a desempenhará o jurista? É o problema metodológico." (CASTANHEIRA NEVES. **Digesta**: escritos acerca do direito e do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. V. 1. p.46)

Ao delinear semelhante proposição, encontra-se o "direito da modernidade", que se compõe de dois momentos, suscitados por Juan Ramón CAPELLA: o primeiro refere-se à primeira industrialização e às revoluções burguesas do século XIX, estabelecendo-se as bases do individualismo. E o segundo, refere-se à produção massiva e ao Estado intervencionista, delineando durante o século XX, a intervenção pública nas relações privadas.⁸³ Neste contexto, revelam-se dois tipos de juristas: aquele encontrado em uma "sociedade concorrencial" e outro, pertencente ao "intervencionismo".⁸⁴

O primeiro desses juristas, é chamado a "desvendar" o abuso do direito, face ao exercício desmedido de direitos subjetivos, que batem às portas dos tribunais. Nesse sentido, não se pode negar à jurisprudência francesa, seu papel de precursora, eis que ela atua diante do silêncio dos textos legais.⁸⁵ A função dos juízes é, então, decisiva não apenas para colmatar uma lacuna, mas pela sua "intuição axiológica, a sua sensibilidade valorativa, deverá agregar uma especial capacidade de análise das circunstâncias do caso."⁸⁶ Assim, o abuso do direito e sua repressão apresenta-se como "instrumento flexível" capaz de abrandar o rigor dos textos legislativos aos casos concretos.⁸⁷ Diante desta construção teórica, poder-se-ia indagar se a atuação desse jurista é mais construção ou "reprodução"

⁸³ *"Lo que podemos llamar el derecho de la modernidad se constituye en dos grandes movimientos: en un primer momento, que corresponde a la primera industrialización y a las revoluciones políticas burguesas (siglo XIX, en general), se ponen las bases del individualismo jurídico. Es el momento de auge del derecho privado moderno. La práctica del comercio interestatal lo lleva más lejos que los romanos y lo hace más ágil e informal. En un segundo movimiento, que corresponde a la producción masiva y al estado intervencionista que se afianza a mediados del siglo XX (y que se verá en el capítulo siguiente), la intervención pública en las relaciones privadas para garantizar la supervivencia del sistema impulsa la modernización del derecho público."* (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado. Madrid: Trotta, 1997. p. 133)

⁸⁴ *Ibidem*, p. 153, 227.

⁸⁵ SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 1992. p. 105.

⁸⁶ SESSAREGO, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁷ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveria. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 118.

de um construído que já existe.⁸⁸

O cenário que se delineia como pano de fundo para esta atuação, rende-se ao "formalismo". Trata-se de um perfil "conservador, passivo-receptivo, teórico",⁸⁹ que encontrou na Escola da Exegese e na Pandectística, os mais importantes modelos de pensamento jurídico.

O primeiro, esboçado no espaço jurídico francês, confere ao jurista a tarefa de intérprete do direito, que deve encontrar no texto da lei, a intenção do legislador com vistas a determinar o alcance das normas, pois nela encontra-se expressa a "vontade geral". Assim, o Direito é reduzido à lei, bastando ao julgador, desvendar a solução que nela já se encontra esboçada. Para isto, basta recorrer ao método da subsunção e utilizar-se da doutrina, à qual cabe "elaborar uma dogmática que permite oferecer ao juiz um instrumental em que seja possível a visualização do conjunto de regras de onde retirar a premissa maior do silogismo judicial".⁹⁰

Um modelo diverso de "formalismo" foi desenvolvido no espaço jurídico alemão, conferindo ao jurista, tarefa não muito diversa da anteriormente esboçada. Neste sistema, tão fechado como o anterior, ele é chamado a "construir" o Direito. Trata-se de uma construção que tal como delineada pela Jurisprudência dos Conceitos, não envolve "inovação", mas tão-somente "desvendamento ou tradução" do que já se encontra contido no Código.⁹¹ Não poderia o operador jurídico, afastar-se da lógica do sistema, admitindo soluções que lhe fossem estranhas, eis que elas podem ser desvendadas, deduzidas deste último, mas nunca efetivamente "criadas", pois a lei contém todo o Direito.

Nesses quadrantes, esvazia-se o juiz de toda sua atividade criadora.

⁸⁸ Aduz Michel MIALLE, que "É preciso convir que a 'construção' dos nossos juristas é, a maior parte do tempo, do tipo da 'reprodução' de um construído que já existe." (**Introdução crítica ao direito**. 2ª ed. Lisboa: Moraes, 1989. p. 174)

⁸⁹ WIEACKER. **História do direito privado moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 9, nota de rodapé n. 19.

⁹⁰ MARTINS-COSTA. **A boa-fé...**, p. 194.

⁹¹ MARTINS-COSTA. **A boa-fé...**, p. 222-224.

Entretanto, resta algo de "criativo",⁹² o que se faz presente na casuística em torno do abuso do direito. Sua atitude constitui-se na redução da nova figura a uma das "estruturas disponíveis ou já elaboradas" pela codificação, abstraindo-a enquanto figura dogmática autônoma.⁹³ Trata-se da obrigação de decidir imposta pelo artigo 4º do *Code*,⁹⁴ o qual de modo algum defere arbítrio ao julgador, ao contrário, assegura a inexistência de lacunas, com vistas a perfazer um sistema fechado.

Nesse quadro traçado pelo "formalismo", assiste-se à insuficiência do "modelo de jurista da sociedade liberal",⁹⁵ ao delinear a construção do abuso do direito em sua concepção mais restrita. Trata-se de encontrar seu significado na busca por "salvar" a noção de direito subjetivo, delineada sob o perfil do individualismo. E de tal modo, que os ecos de solidarismo, que servem para sua inspiração, revelam tal caráter. Ao compor o cenário jurídico em fins do século XIX, ao mesmo tempo em que as idéias socialistas tomam lugar, essa doutrina suscita os conceitos de justiça, igualdade e liberdade, aplicáveis à realidade sócio-econômica.⁹⁶

Há nisto, seu significado encontrado por André-Jean ARNAUD, ao denominá-la de "uma doutrina tranqüilizante do Estado",⁹⁷ pois pretende reformar a sociedade sem tocar nas suas bases, propiciando a adaptação da antiga ordem jurídica a uma nova ordem econômica e social.⁹⁸ Em conformidade com o solidarismo constantemente apontado como seu fundamento, a proibição do abuso do direito apresenta-se como um princípio que acompanha e vincula-se ao

⁹² AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre : S. Fabris, 1983. p. 105.

⁹³ CASTANHEIRA NEVES. **Questão...**, p. 514.

⁹⁴ "Art. 4 *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*"

⁹⁵ CAPELLA, *op. cit.*, p. 159.

⁹⁶ ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de: Wanda de Lemos Capeller e Luciano de Oliveira. Porto Alegre: S. Fabris, 1991. p. 55, 60.

⁹⁷ ARNAUD, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 71 e 77.

econômico, tornando-se próprio de uma sociedade pós-industrial (burguesa capitalista) o recebimento desta teoria que influenciou os juízes franceses.⁹⁹

Delineia-se um novo quadro metodológico, orientado pelo "finalismo". Com um perfil "progressivo, ativo-produtivo, prático",¹⁰⁰ destacam-se novos modelos de pensamento jurídico, sob as vestes da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores ou Valorações. O jurista é chamado a transpor os limites daquela atuação, antes esboçada, voltando sua atenção para os "interesses" e "valores", que os institutos jurídicos possam cumprir. Toma lugar a questão de se saber como o operador do direito pode encontrar e conhecer os critérios de valor.

Em um primeiro momento, busca-se afastar toda a idéia que estes possam se encontrar afeitos à subjetividade do julgador, pretensamente ameaçando a segurança jurídica, para investigá-los no tecido positivado do Direito. Em atenção a esta ordem de considerações, recorre-se à Lei Fundamental, extraíndo-se, especialmente dos direitos fundamentais, os valores e princípios que passem a orientar a interpretação dos preceitos jurídicos.¹⁰¹

Em um mundo, no qual assiste-se ao desmoronamento das certezas jurídicas, esta última orientação encontra lugar entre nós: rompem-se as barreiras entre o público e o privado, e cobre-se com o manto da "constitucionalização" todo o Direito Civil. Trata-se de uma reconstrução, onde a atenção do jurista volta-se das situações patrimoniais para as situações existenciais.¹⁰² Nesta perspectiva, busca-se destituir o caráter patrimonial sob o qual se encontrou esboçada a disciplina

⁹⁹ LEVI, Giulio. *L'abuso del diritto*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 31.

¹⁰⁰ WIEACKER. *História* ..., p. 9 - nota de rodapé 19.

¹⁰¹ "Na investigação dos princípios de valor acolhidos pelo Direito positivo, e portanto imediatamente vinculativos, que formam como que uma ordem de valores 'positivada' pela qual o jurista é chamado a uma valoração concreta pode e deve orientar-se, os juristas germânicos dos nossos dias recorrem em primeira linha à *Lei Fundamental*, especialmente na parte relativa aos chamados direitos fundamentais. É indubitável que nesta se encontram 'postos' certos valores, com a dignidade humana, e certos princípios jurídicos a que é conferida força constitucional, como o princípio da igualdade (com seus diversos corolários especiais) e o princípio da livre expansão da personalidade." (LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de: José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969. p. 159-160)

¹⁰² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 32.

jurídica do sujeito de direito, centrando-a em torno da pessoa, sob as vestes de "despatrimonialização do Direito Civil".¹⁰³

Em atenção a esta mudança metodológica, esboçam-se novas construções teóricas para o abuso do direito, identificando-o não mais como um acidente ou limite externo que se impõe ao exercício dos direitos subjetivos, mas como um "limite axiológico", que se traduz no processo de funcionalização dos institutos privados, alcançando não apenas o contrato, mas a própria autonomia privada. Sob esta ótica, espelha-se o papel a ser desempenhado pela boa-fé, enquanto controle ao exercício de prerrogativas jurídicas.

Nesse quadro, tanto o "jurista de mercado" quanto o "jurista de estado" revelam novas funções, e de tal modo, a poder se dizer quanto a este último, pelas palavras de Juan Ramón CAPELLA:

O magistrado não é já a mera 'boca da lei' (que nunca foi). A lei, nem geral, nem estável nem duradoura, não pode ser seu único ponto de referência. Provavelmente por razões histórico-culturais, por um mundo de aparências legitimadoras do poder que neste universo transformado se desdobra ainda que em parte segundo as pautas do estado 'gendarme' a magistratura conserva um importante relevo social, e além disso é um reduto do garantismo jurídico no âmbito público. Em que pese a ele, encontra-se funcionalmente em decadência: a atividade processual é excessivamente lenta e seguramente excessivamente imparcial para os novos e arbitrários poderes do capitalismo organizado, que começam a arbitrar suas diferenças mediante a lei da organização econômica.¹⁰⁴

Para esse operador do direito, apresentam-se novos instrumentos, como as cláusulas gerais, uma técnica esquecida pelo *Code de Napoleón*, e lembrada pelo BGB, porém não desenvolvida em sua potencialidade, inicialmente.

Ela tem se apresentado como principal fator de "mobilidade" e "abertura" dos sistemas jurídicos. Sua aplicação, exige uma nova postura do jurista, a qual

¹⁰³ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰⁴ Tradução livre de: *El magistrado no es ya la mera 'boca de la ley' (que nunca fue). La ley, ni general, ni estable ni duradera, no puede ser su único punto de referencia. Probablemente por razones histórico-culturales, por el mundo de apariencias legitimadoras del poder que en este universo cambiado se despliega aún en parte según las pautas del estado gendarme, la magistratura conserva un importante relieve social, y además es un reducto del garantismo jurídico en el ámbito público. Pese a ello, se encuentra funcionalmente en decadencia: la actividad procesal es demasiado lenta y seguramente demasiado imparcial para los nuevos y expeditivos poderes del capitalismo organizado, que empiezan a arbitrar sus diferencias mediante la ley de la jungla económica. (Op. cit., p. 227-228)*

encontra tradução em uma reviravolta do raciocínio "lógico-dedutivo", orientado pela subsunção, para um raciocínio "teleológico" e "finalístico", sobre o qual deve se pautar a interpretação das normas.¹⁰⁵ Tratam-se das influências geradas pelo "finalismo", as quais passaram a ser sentidas, a partir de uma oposição da Jurisprudência dos Interesses, ao sistema delineado pela Jurisprudência dos Conceitos. O Direito passa a ser permeado por valores, despindo-se das vestes de um sistema fechado com vistas a se configurar como um sistema aberto.

Em conformidade com tais idéias, que se apresentam como cenário para construção do conteúdo da cláusula geral da boa-fé, há necessidade de retomada do método tópico. Trata-se este, de um velho método, já formulado por Aristóteles, na Antigüidade, esquecido durante a Idade Média, e retomado durante a época contemporânea, por autores como Viehweg, estabelecendo-se como um raciocínio jurídico estruturado a partir de problemas.¹⁰⁶

A teorização proposta por Viehweg, apresenta uma técnica de pensamento, que parte do próprio problema para sua solução, e não do sistema. Este apresenta as soluções como dogmas, e de tal modo, que quando um problema nele não se enquadra, fica à espera de uma inovação legislativa. Isto torna o progresso do Direito sempre dependente de uma lei que o modifique, engendrando "rupturas sistemáticas".¹⁰⁷ Reconhecendo-se que o Direito é essencialmente voltado para a solução de conflitos, o pensamento tópico ocorre em dois níveis: em um primeiro momento, parte-se de "pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente" e, posteriormente, "os pontos de vista são catalogados".¹⁰⁸

Esse processo explica-se pela seleção de tópicos, que são pontos de vista consensualmente aceitos e elaborados progressivamente pelo Direito, segundo

¹⁰⁵ Neste sentido, Agathe E. Schimidt da SILVA. Cláusula geral de boa-fé nos contratos de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 17, jan./mar. 1996. 156.

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA. *Da boa-fé...*, p. 360.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 360. Neste sentido, aduz Clóvis do COUTO E SILVA, (O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Jacob [org.] **O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 41), que na maioria dos países latinos o progresso jurídico depende de uma lei que modifique o Direito em vigor.

¹⁰⁸ LARENZ. **Metodologia** ..., p. 232.

circunstâncias de tempo e espaço. Semelhante arbitrariedade não é absoluta, seja porque é possível uma catalogação dos tópicos, seja porque eles mudam conforme as circunstâncias em que se coloque o problema. Há na essência desta racionalidade, um processo dialético de discussão dos pontos de vista, para que se possam apresentar como solução para o problema.

Se o raciocínio tópico vai encontrar-se como questão essencial apresentada pela cláusula geral de boa-fé, no aspecto da construção de seu conteúdo, não há de desprezar-se, de todo, o raciocínio lógico-formal. Este ainda se faz necessário à compreensão do sistema de normas, o que indica para uma proposição apresentada por Judith MARTINS-COSTA, ao se referir a uma "conjugação entre o pensamento tópico e o pensamento sistemático."¹⁰⁹

Com efeito, cumpre indagar sobre a responsabilidade social deste jurista, que, hoje, assim como ontem, continua decidindo acerca do abuso do direito, face a esses instrumentos, que lhe são apresentados.

Nesta perspectiva, encontra-se a cláusula geral como instrumento para a abertura do sistema jurídico e seu desenvolvimento casuístico pelos tribunais alemães, sob a forma do "exercício inadmissível de posições jurídicas".

No entanto, percebe-se que esta técnica legislativa encontrou lugar no BGB, o qual se delineava como um sistema fechado, o que parece significar, que este último conteria em si mesmo o remédio para sua abertura. Muito embora não seja possível negar a concreção de novos princípios que através dela se faz, isto não significa que deva ser tomada como única alternativa para construção do Direito. Em verdade, as cláusulas gerais expressam princípios, os quais não necessariamente seriam suscitados sob tal forma, já que podem pertencer a uma concepção de "direito justo". E de tal modo, a tornar-se possível arrematar tais

¹⁰⁹ "O que a realidade do direito indica é, diversamente, a complementariedade entre sistema e problema. Dito de outro modo, o raciocínio jurídico não se desenvolve nem de uma forma 'puramente' tópica nem 'puramente' sistemático dedutiva. [...] Com efeito, somente a partir do reconhecimento da necessidade de uma recíproca coordenação entre o procedimento dedutivo e o indutivo, entre o sistema e o caso, entre o método sistemático e o método tópico, se poderá compreender como, numa estrutura formal como é a do direito codificado, emergem, continuamente, elementos problemáticos, que são, por sua vez, sistematizados. Sistematização e assistemização constituem, assim, a polaridade dialética na qual se desenvolve o sistema aberto, eis que tendente à permanente ressystematização." (A boa-fé..., p. 370-371 e 377)

reflexões pelas palavras de CASTANHEIRA NEVES:

Por isso se não devem considerar as normas gerais ou cláusulas gerais, com que actualmente as leis positivas se propõem resolver o problema, como estritamente vinculantes: não são sequer verdadeiramente necessárias, nem fica de todo excluído que possam mesmo ser nulas. Não são necessárias, uma vez que o princípio normativo que o abuso do direito se propõe a exprimir, e com ele outras intenções análogas (da 'boa-fé', dos 'bons costumes', etc.), outra coisa não são - como ficou compreendido depois de Stammler - do que aflorações dos princípios do 'direito justo' - princípios que valem para além e com independência de toda e qualquer prescrição positiva, como expressões que são da própria Ideia de Direito.¹¹⁰

É por isso que cumpre indagar, se bastaria ao operador do direito, buscar tais princípios em sistema positivado, especialmente, ao considerar-se uma legislação que destituísse a dignidade humana de objetivo do Estado.

Nesse quadro, subsiste a responsabilidade social do jurista ao colocá-lo diante de "escolhas legislativas", revelando-se sua atividade, como essencialmente valorativa e complexa.¹¹¹ Trata-se de apresentar a indagação realizada por Pietro PERLINGIERI a este respeito, ao expor que:

A história, sobretudo nos últimos decênios, ajuda a compreender que quando o Poder Legislativo acredita estar acima e além dela própria, impondo prescrições que violam os direitos fundamentais da pessoa humana, termina uma ordem jurídica legítima e começa uma autoritária, fundada na pura força. Nesta hipótese, resta ao jurista a alternativa: respeita as normas, ainda que injustas ou moralmente ilícitas - tome-se, como exemplo, as leis fundadas na distinção dos indivíduos em raças, sexo ou renda - fazendo coincidir a sua escolha ideológica com a daquele do legislador; ou recusar-se a ser jurista, não mais exercendo no sistema a própria profissão - operador do direito, magistrado, burocrata - e se empenhando, eventualmente, em uma atividade de resistência contra as escolhas ilegítimas do legislador.¹¹²

Talvez, possa se dizer que nesta questão, reside todo o problema gerado em torno do abuso do direito. Trata-se de indagar, mediante o exercício de uma prerrogativa individual, ainda que dentro dos limites expressamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico, mas que se apresenta como "injusto", se poderia o jurista

¹¹⁰ **Questão....**, p. 529.

¹¹¹ Aduz Pietro PERLINGIERI, que "a função do jurista é, portanto, complexa e a sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos que vão do ideológico e político ao social, ético e religiosos." (*Op. cit.*, p. 3)

¹¹² *Op. cit.*, p. 3.

desviar de todo o legalismo e sancioná-lo, por ser abusivo. Se o julgador optasse por aquela primeira alternativa exposta por Pietro Perlingieri diante de uma lei "injusta", nunca teria se formulado a construção teórica do abuso do direito.

No entanto, ainda espera-se que em um contexto, no qual a formação do jurista, seja orientada por um ensino fundamentado em valores, subsista a promoção do ideal de "repersonalização do direito civil".¹¹³ ¹¹⁴ E de forma tal, a tornar possível afirmar-se, pelas palavras de José Lamartine Correia de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, que o "juiz, em sua tarefa de dizer o Direito, dever ser capaz de dizê-lo, se necessário, em contradição com as próprias razões do Estado, na defesa da pessoa. Ele há de ser um servidor do homem [...] realizar no caso concreto, a intenção fundamental do Direito: a de tornar a vida humana, em todas as suas dimensões, mais capaz de realizar as finalidades do ser humano e da sociedade humana."¹¹⁵

¹¹³ A todo momento, estamos a falar na necessidade de repersonalização do Direito Civil, mas cumpre indagar, em que ela consiste, o que Orlando de CARVALHO, explica da seguinte forma: "A 'repersonalização' do direito civil, ou a polarização da teoria em volta da pessoa, que lá se preconiza, não parte de nenhum *parti-pris* filosófico jusnaturalista ou 'personalista', mesmo no estilo de Mounier (que, aliás, rejeitaria a usura impudente que faz desse termo certa política, no Portugal dos dias de hoje, quando ontem se calava entre a proibição do *Esprit*.... Como se diz no nº 6, do que se trata é pura e simplesmente de, sem nenhum compromisso 'com qualquer forma de liberalismo econômico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico', repor 'o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*', não apenas 'como o actor que aí privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação.'" (**Para uma teoria geral da relação jurídica civil**. 2ª ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1: a teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites. p. 10)

¹¹⁴ A este respeito, assume caráter significativo, o exposto por Pietro PERLINGIERI: "Basta considerar a não sujeição de alguns juristas ao Poder legislativo quando este não atendeu ao essencial e mínimo respeito à pessoa humana. Na época do nazismo, uma parte da jurisprudência italiana e alemã, algumas vezes, soube colocar um freio, ainda que limitado, à atividade do Poder Legislativo aplicando restritivamente algumas normas - aquelas, por exemplo, que se inspiravam na distinção das pessoas com base na raça - ou interpretando extensivamente alguns princípios que ainda existiam, até então, de maneira apenas formal no ordenamento." (*Op. cit.*, p. 3).

¹¹⁵ MUNIZ, Francisco José Ferreira ; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 523, fev. 1980. p. 20.

CONCLUSÃO

Ao encerrar o trabalho com as presentes páginas, já é possível delinear algumas conclusões alcançadas, afastando-se, desde logo, a pretensão de traçar um perfil definitivo em torno do tema abuso do direito.

A figura do abuso do direito encontra lugar em um cenário que se compõe pelas transformações que se desenham para o Direito Privado, especialmente verificadas em fins do século XIX e subsistindo à época presente. Nesta perspectiva, sua origem relaciona-se com as concepções de direito subjetivo que, pautadas na "vontade" do sujeito de direito, submetem seu exercício ao livre arbítrio de seu titular, não importando que outros sujeitos ou a própria coletividade possam ser prejudicados por isso. A transposição do "interesse" para sua concepção teórica, traz novos rumos também para o exercício abusivo que, paralelamente passa a ser determinado com base em sua contrariedade. Trata-se do processo de "funcionalização" dos direitos subjetivos, para o qual, a construção teórica do abuso do direito apresenta-se como instrumento fundamental.

Deste modo, a referida figura transpõe-se da propriedade para o contrato e, dessas, que se revelam como situações subjetivas patrimoniais, para as extrapatrimoniais. No entanto, isso não se faz sem dificuldades, ao contrário, foi necessário um esforço por parte da doutrina para que referida transposição se verificasse. Trata-se, com isso, das conseqüências de um sistema jurídico centrado na tutela patrimonial definida em torno da propriedade pelos códigos oitocentistas, em contraposição ao qual, erige-se a construção teórica do abuso do direito, não apenas por exigências de "repersonalização" que se encontram latentes no Direito, mas com vistas a "salvar" a concepção de direito subjetivo.

Por encontrar-se ausente nos códigos, o abuso do direito delinea-se como construção essencialmente jurisprudencial, transpondo-se, então, para a legislação. Isto significa que a referida figura resulta de casos concretos para, posteriormente, tornar-se preceito legal, contando com a abstração e generalidade por esse requeridos. É neste contexto que o ato abusivo revela-se sob uma diversidade de

critérios para sua determinação, em perspectiva comparativista.

Isso encontra reflexo nas mais variadas teses, que se debatem a seu respeito na doutrina, revelando a "ideologia dos juristas" como aponta Pietro RESCIGNO,¹ esboçada por suas concepções do que seja o próprio Direito.

Assim, acham-se aqueles que reduzem o abuso do direito à "carência" ou "falta de direito", perspectivas alavancadas por Planiol, delineando-o como mero ato ilícito. Não se passa de modo diverso com as teorias afeitas ao "moralismo jurídico", centradas em Ripert, consubstanciando o abuso do direito em um problema moral. Neste sentido, também se colocam as teorias subjetivistas, que indagam apenas da intenção de prejudicar que, uma vez somada à falta de utilidade do ato praticado por seu titular, remete-o à figura do "ato emulativo". Todas essas teses primam por uma insuficiência, tornando-se incapazes de conceber os institutos jurídicos fora dos quadrantes do "formalismo", destituindo o abuso do direito de qualquer autonomia dogmática.

Somente quando entram em cena as teses finalistas, permite-se que o próprio valor que permeia o direito subjetivo, torne-se orientador de seu exercício. Apresenta-se o ulterior desenvolvimento dessas teorias sob as vestes do "axiologismo - normativo", cunhadas por Castanheira Neves e Cunha de Sá. Trata-se esta, da preocupação teórica mais recente a respeito do ato abusivo, no sentido de perseguir sua autonomia dogmática. E assim o fazem, por revelá-lo sob a face de uma nova concepção de juridicidade, antes impensável pelo Direito Civil clássico. Trata-se da contrariedade a princípios e valores que norteiam ou devem nortear o sistema jurídico, revelando, portanto, que o abuso do direito é, essencialmente, um problema metodológico. No entanto, não se deve desprezar para tudo isso, a contribuição de Josserand, pois poderia se dizer que ele foi o maior teórico, a respeito do tema abuso do direito, revelando-o sob a idéia de fim social ou econômico, presente em seu critério finalista, em afinidade com a Jurisprudência dos Interesses.

Muito embora a autonomia do abuso do direito já possa se encontrar

¹ RESCIGNO, Pietro. *L' abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 11.

esboçada com essas concepções em relação à ilicitude, surgem as críticas de Menezes Cordeiro, propugnando por uma externalidade da teoria, em relação ao próprio direito subjetivo. Não se trata apenas de uma crítica ao que denomina de "axiologismo-formal", mas de uma contraposição entre duas linhas de pensamento jurídico. Menezes Cordeiro coloca-se contrário à necessidade de pensar, em cada caso concreto, qual seja o valor do direito subjetivo e a favor de uma generalidade presente na cláusula geral de boa-fé, o que pode ser uma nova forma de "conceitualismo". Por isso, ao propugnar a referida externalidade, apresentam-se em verdade, respostas para questões não resolvidas pelo axiologismo de Castanheira Neves e Cunha de Sá, mas presente na indagação sobre o abuso da liberdade contratual.

É por isso que, após delineá-las, o trabalho encaminhou-se à tarefa de evidenciar o abuso do direito nas relações contratuais. Se, sob a face de uma "soberania absoluta", encontrava-se a vontade dos contraentes, esta realidade resta rompida ao se admitir em seu âmbito, o princípio que proíbe o abuso do direito. Em atenção às transformações que se delineiam na passagem de uma teoria tradicional do contrato para uma nova teoria contratual, o abuso do direito acha-se sob critérios cada vez mais amplos. Trata-se do reflexo da virada de um "formalismo" para um "finalismo", que se esboça tanto para o contrato como para a teoria do abuso do direito. O Direito deixa de ser pensado por conceitos e sob a égide do silogismo, para passar a ser pensado com apoio em valores e princípios que suscitem um comprometimento com o pensamento tópico.

Enquanto grande princípio que passa a orientar as relações contratuais, encontra-se a boa-fé objetiva, que após delinear nova face para institutos que norteiam o contrato, também se faz presente para o abuso do direito. Sob esta perspectiva, decisões que antes remetiam-se à abusividade expressa pela intenção de prejudicar ou por um desvio ao fim sócio-econômico do direito, passam a conter em seus termos, referências à confiança e à lealdade devidos por um comportamento conforme a boa-fé, mas que ao ser contrariado, revela o "exercício inadmissível de posições jurídicas".

Trata-se do encontro entre dois princípios: a proibição do abuso do direito e

a boa-fé objetiva, em sua função de controle ao exercício de prerrogativas individuais, de sorte que esta, passa a fundamentar aquela. Há nisto, o significado de novos limites que se traçam para a liberdade de contratar e a liberdade contratual ainda que as prerrogativas que delas decorrem, não se encaixem no conceito de direito subjetivo. Assim, verifica-se que direitos potestativos, como a resolução do contrato ou a exceção por seu não cumprimento, podem ser obstados em seu exercício, se contrariarem a boa-fé que se impõe às partes contratantes. E de outro modo não se passa, quando um sujeito retira-se das tratativas injustificadamente, rompendo a confiança gerada na contraparte. Do mesmo modo, pode configurar-se como inadmissível que, mesmo em face da alteração das circunstâncias, que tornam excessivamente oneroso o cumprimento do contrato, o credor possa exigir-lo do devedor. Não obstante, em semelhantes situações, delineiem-se construções teóricas para tais momentos, como a responsabilidade pré-contratual e a teoria da base do negócio jurídico, o abuso do direito moldado pela contrariedade à boa-fé, permanece em sua amplitude, como não descartável, o seu recurso em semelhantes situações.

Tais mudanças refletem-se na contraposição entre duas tradições jurídicas: a francesa e a alemã. Aquela, caracterizada por um sistema jurídico assentado na idéia de *faute*, o que a revela afeita ao dogma da vontade, presente em construções teóricas como o abuso do direito, mas que cada vez mais, abre-se para a noção de função social dos institutos jurídicos. Já esta, caracterizada por um sistema jurídico distanciado do dogma da vontade, e que passa a assentar suas construções teóricas, no princípio da boa-fé.

Em nosso Direito, deve-se concluir pela presença de ambas as tradições. Em um primeiro momento, a "aparente ausência" do abuso do direito no contexto codificado é coberto pela interpretação à *contrario sensu* do exercício irregular de um direito. Diversamente, a referida figura é resgatada por uma nova orientação constitucional que passa a permear o Direito Civil, ensejando diplomas legislativos como o Código de Defesa do Consumidor, onde o paradigma da boa-fé passa a reger as relações contratuais.

Esta dualidade reflete-se, em um segundo momento, na jurisprudência, ao

se evidenciar um período de transição, no qual o critério subjetivista e finalista do abuso do direito, cede cada vez mais espaço às modalidades de "exercício inadmissível de posições jurídicas". Trata-se da expressão do princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*, cunhado pela jurisprudência germânica, sob as modalidades de *exceptio doli generalis*, *verwirkung*, *tu quoque*, inalegabilidade de nulidades formais e exercício desequilibrado de direitos. Há, em nosso Direito, a recepção dessas modalidades abusivas, ainda que, por vezes, traduzidas sob a forma de outras figuras jurídicas como a renúncia tácita, e com uma referência que, de implícita tem se tornado a cada dia mais explícita, à boa-fé. No entanto, deve-se atentar para o sentido desta casuística, passível de revelar um novo conceitualismo, proporcionando, de certo modo, uma "tipicidade" para os comportamentos abusivos. Para que assim não se revelem as modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas, o jurista deverá estar afinado com os valores e princípios que devem orientar o pensamento jurídico, o que revela mais uma vez, o abuso do direito como um problema metodológico.

Não obstante esta constatação, o desprendimento da qualificação de ato ilícito, ainda não foi alcançada de todo em nosso Direito, pois os tribunais continuam referindo-se ao abuso do direito, sob tal forma, em suas decisões. Nisto reside um equívoco, que já parece se encontrar desfeito, quando trata-se desta figura, como contrariedade ao valor que fundamenta o direito subjetivo. E por que não dizer, em contrariedade a princípios que regem o sistema jurídico como a boa-fé, já que se impõe aos contraentes, um comportamento segundo a lealdade, especialmente, quando do exercício de direitos subjetivos ou de outras prerrogativas contratuais. Eis que, embora, em tais casos, o ato abusivo possa se mostrar como fonte de responsabilidade, ampliando-se os limites desta, isto não significa que ele constitui-se como mero ato ilícito, pois é uma figura autônoma, permeada por uma diversa noção de juridicidade.

O tema do abuso do direito revelou-se, ainda, extremamente afinado com sua época, mostrando-se como fruto das transformações erigidas para as sociedades industrializadas. Por isso, seu desenvolvimento atinge primeiro ao contrato de trabalho, para então transpor-se para o âmbito civilístico.

Fundamentado em um solidarismo que aparentemente rompe com a rigidez do individualismo, a teoria do abuso do direito torna-se um reforço às relações contratuais. E esse papel é reafirmado pela boa-fé, pois assim como já verificado em outros momentos da história do Direito, ela apresenta-se para as sociedades pós-industrializadas, como uma "honestidade mercantil". E portanto, avança-se além do pensado no início, a respeito de sua função, no sentido de "salvar" o direito subjetivo, mas ainda, de funcionar como uma "válvula de segurança", "não para corrigir iniquidades que restam, mas para não deixar explodir toda a violência que se acumula".²

Desse modo, ao se indagar se o princípio da autonomia privada encontra-se destituído de seu lugar de fundamento dos sistemas jurídicos, esta idéia parece não se achar descaracterizada, mesmo diante do abuso do direito delineado em face da boa-fé objetiva. No entanto, isto não significa que ela, hoje, não se encontre funcionalizada, ocasionada por orientação constitucional. Assim, também é em nome da dignidade da pessoa humana, que aquelas figuras delineiam-se para o Direito Privado, pois trata-se da necessidade de "despatrimonializar" ou "repersonalizar" este último. E o sentido que será outorgado para tais orientações, dependem do modo como o jurista exerce sua função em sociedade. Trata-se de não pensar o abuso do direito, a boa-fé, e instrumentos que com esta se relacionam com a cláusula geral, como a única solução para os problemas que lhe são apresentados. Mas como caminhos que, se devidamente valorados pelo jurista, poderão fazer o Direito voltar-se para algo que, hoje, assim como ontem, ainda é necessário, o que se traduz em construir um Direito mais "justo".

² CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra : Centelha, 1981. p. 48.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ABRANTES, José João. **A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português**. Conceito e fundamento. Coimbra : Almedina, 1986.
- 2 ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Coimbra : Almedina, 1983.
- 3 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: RT, n. 14, p. 20-27, 1995.
- 4 _____. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima [Coord.]. **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1994. p. 13-32.
- 5 _____. Projeto do código civil : as obrigações e os contratos. Informativo jurídico **INCIJUR**, Joinville, p. 3-7, abr. 2000.
- 6 ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. Recurso de Apelação nº 10.025 - 1ª Câmara Cível. Rel. Des. José Agnaldo de Souza Araújo. Maceió, 30 de maio de 1994. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 716, a. 84, p. 246-248, jun. 1995.
- 7 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.
- 8 ALPA, Guido. **I principi generali**. Milano : Giuffrè, 1993.
- 9 ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoria general de la responsabilidad civil**. 8. ed. ampl. atual. Buenos Aires : Abeldo-Perrot, 1993.
- 10 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993.
- 11 AMARAL, Francisco. **Direito civil** : introdução. Os fatos jurídicos. A Autonomia Privada. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- 12 _____. O projeto de Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 23-47, 1. sem. 1999.
- 13 _____. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: **Revista O Direito**. Rio de Janeiro, a. 126, n. 1-2, p. 63-81, 1994.
- 14 ANDORNO, Luis O. Abuso del derecho. **Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial)**, São Paulo, n. 19, p. 15-37, [s.d.].

- 15 ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo : Saraiva, 1949.
- 16 ANDRADE, Manuel Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1983. v.1: Sujeitos e objeto.
- 17 ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 9. ed. Coimbra : Almedina, 1996. v. 1.
- 18 _____. _____. v. 2.
- 19 _____. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro**. Rio de Janeiro, v. 1, p. 37-59, 1982.
- 20 ARGUELLES, Luiz Muñiz. El abuso del derecho en la legislación y en la jurisprudencia puertorriqueña. **Ajuris**. Porto Alegre, n. 65, p. 55-72, nov. 1995.
- 21 ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de: Wanda de Lemos Capeller e Luciano de Oliveira. Porto Alegre : S. Fabris, 1991.
- 22 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil : direitos reais**. Coimbra : Coimbra, 1993.
- 23 _____. **Teoria geral do direito civil**. Lisboa : Coimbra, 1985. v. 4: as situações jurídicas.
- 24 ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999.
- 25 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 18, p. 23-31, abr./jun. 1996.
- 26 AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Justiça distributiva e aplicação do direito**. Porto Alegre : S. Fabris, 1983.
- 27 BARDESCO, Antonie. **L'abus du droit**. Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de L'Université de Paris, Paris (V^a), Paris: V. Giard & Brière Libraires-Éditeurs, 1913.
- 28 BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil**. 36. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. Parte geral.
- 29 BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.

- 30 _____. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- 31 BESSONE, Mario. **Casi e questioni di diritto privato**. Milano : Giuffrè, 1979. v. 2.
- 32 BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil** comentado. Ed. hist. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.
- 33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 67226-SP, 6ª turma, Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 21 de agosto de 1995. **Diário de Justiça da União**. Brasília, p. 55650, 18 dez. 1995.
- 34 _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 95.539-SP, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª turma. Brasília, 03 dez 1996. **Diário de Justiça**. Brasília, p. 39015, 14 out. 1996.
- 35 _____. Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário nº 63.129 - SP. 2ª turma. Relator: Min. Adalício Nogueira. Brasília, 17 out. 1967. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, v. 43, p. 777-780, mar. 1998.
- 36 _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 27.222. Relator: Hahnemann Guimarães. **Diário da Justiça da União**, Brasília, p. 04214, 19 abr. 1956.
- 37 _____. Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário nº 81.902 - RJ. 2ª turma. Relator: Min. Leitão de Abreu. Brasília, 18 nov. 1977. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, v. 85, p. 568-575, ago. 1978.
- 38 _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.798 - GB, 2ª turma, Relator: Min. Xavier de Albuquerque, Brasília, 7 mar. 1975. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, v. 73, p. 328-330, jul. 1975.
- 39 BRICKS, Hélène. **Les clauses abusives**. Paris : LGDJ, 1982.
- 40 BROGGINI, Gerardo. L'abus de droit et le principe de la bonne foi aspects historiques et comparatifs. In: WIDMER, Pierre ; COTTIER, Bertil. **Abus de droit et bonne foi**. Genève : Lausanne et Neuchâtel, 1994. p.3-21.
- 41 BROUSSARD, Domenico Corradini. **Ut inter bonos**. Studio di storia delle idee giuridiche e di teoria del diritto. Pisa : Pisana, 1993.
- 42 CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. Da limitação dos direitos subjetivos. **Justitia**. São Paulo, v. 85, a. 36, p. 141-165, 2. trim. 1974.
- 43 CAMPION, L. **La théorie de l'abus des droits**. Paris : LGDJ, 1925.
- 44 CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta proibida**. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid : Trotta, 1997.

- 45 CAPITANT, M. Henri. Sur l'abus des droits. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 27, a. 1928, p.365-376, 1928.
- 46 CARBONNIER, Jean. **Flexible droit**. Pour une sociologie du droit sans rigueur. 7. ed. Paris : LGDJ, 1992.
- 47 CARRANZA, Jorge A. **El abuso del derecho en la reforma del codigo civil**. Buenos Aires : Abeledo- Perrot, 1970.
- 48 CARVALHO, Orlando de. **Para uma teoria da relação jurídica civil**. 2. ed. atual. Coimbra : Centelha, 1981. v. 1: A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites.
- 49 _____. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra : Centelha, 1981.
- 50 CARVALHO SANTOS, J. M. **Código civil brasileiro interpretado**. 14. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1984. v. 3: Parte geral (arts.114-179).
- 51 CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra : Coimbra, 1995. v. 1.
- 52 _____. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra : Coimbra, 1995. v. 2.
- 53 _____. **Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade** : ensaio de uma reposição crítica. Coimbra : Almedina, 1967. v. 1: A crise.
- 54 CASTRO Y BRAVO, Federico de. **Temas de derecho civil**. reimp. Madrid : Rivandeneira, 1972.
- 55 CATTANEO, Giovanni. Buona fede obbiettiva e abuso del diritto. **Revista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile**. Milano, a. 25, p. 613-659, 1971.
- 56 CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo : Lejus, 1997.
- 57 CODE CIVIL. Paris: Dalloz, 1996, rédigée avec le concurs de Gilles GOUBEAUX, Philippe BIHR, Xavier HENRY.
- 58 CODICE CIVILE. Ulrico Hoepli Milano, 1972, L. FRANCHI, V. FEROCI e S. FERRARI. A cura di Santo FERRARI, Roberto e Giorgio FERRARI.
- 59 CÓDIGO CIVIL. Buenos Aires: AZ editora, 1984. Con las notas de Vélez Sarsfield.
- 60 CORRÊA, Alexandre A. Remarques sur l'abus des droits en droit romain classique. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 67, p. 21-35, 1972.

- 61 CORREAS, Óscar. La voluntad jurídica. In: _____. **Introducción a la crítica del derecho moderno**. 2. ed. Puebla : Universidad Autonoma de Puebla, 1986. p. 79-87.
- 62 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo : Bushatsky, 1976.
- 63 _____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de [Org.]. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 1-31.
- 64 _____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de [Org.]. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58.
- 65 _____. A teoria da causa no direito privado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de [Org.]. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 59-71.
- 66 _____. A teoria da base do negócio jurídico. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de [Org.]. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 89-96.
- 67 CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Lisboa : Petrony, 1973.
- 68 CUNHA LUNA, Everardo. **O abuso de direito**. Rio de Janeiro : Forense, 1959.
- 69 DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris : Dalloz, 1952.
- 70 DANTAS, San Tiago, F. C. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1972.
- 71 DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de: Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- 72 DESSERTAUX, Marc. Abus de droit ou conflit de droits. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, t. 5, p.119-139, 1906.
- 73 DEVOTO, Giacomo; OLI, Gian Carlo. **Dizionario della lingua italiana**. 23 ed. Firenze: Le Monnier, 1989.
- 74 DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, v. II. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- 75 DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo. In: WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de: José Luis Carro. Madrid : Civitas, 1982. p. 9-23.
- 76 DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de: Márcio Pugliesi. São

Paulo :Ícone, 1996.

77 DURRY, Georges. Jurisprudence française en matière de Droit Civil. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, n. 2, v. 19, 71^o année, p. 395-398, avril.-juin., 1972.

78 _____. Jurisprudence française en matière de Droit Civil. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, t. 72, p.152-153, 1974.

79 ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de: J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1996.

80 FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Consequências práticas. Curitiba : Educa ; *Scientia et Labor*, 1988.

81 _____. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre : S. Fabris, 1988.

82 _____. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, a. 27, n. 27, p. 49-60, 1992-1993.

83 _____. O "aggiornamento" do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: _____. [Coord.] **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar,1998. p.115-149.

84 FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no código de defesa do consumidor**. Cláusulas, Práticas e Publicidade Abusivas. Brasília : Brasília Jurídica, 1999.

85 _____. O abuso do direito no Projeto 634-B. **Revista de Informação Legislativa**, Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 27, n. 106, p.173-180, abr./jun. 1990.

86 FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989.

87 FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1958.

88 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense,1998.

89 GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 4. ed. Padova : CEDAM, 1987.

90 GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba : Moinho do Verbo, 2000.

91 GHESTIN, Jacques. L'utile et le juste dans les contrats. **Archives de**

Philosophie du Droit. Droit et science, Paris, t. 26, p. 35-57, 1981.

92 _____. **Traité de droit civil** : introduction générale. 4. ed. Paris : LGDJ, 1994.

93 _____. **Traité de droit civil** : les obligations le contrat. Paris : LGDJ, 1980.

94 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1995.

95 GIORGIANNI, Michele. La morte del codice ottocentesco. **Rivista de Diritto Civile**. Padova, n. 1, p. 52-55, 1980.

96 GIORGIANNI, Virgilio. **L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica**. Milano : Giuffrè, 1963.

97 GOLDSCHMIDT, Roberto. A teoria do abuso de direito e o anteprojeto brasileiro de um código das obrigações. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 97, p. 22-30, jan. 1944.

98 GOMES, Orlando. A agonia do código civil. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 7, p.1-9, jul. 1988.

99 _____. **Introdução ao direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

100 _____. **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

101 _____. **Direitos reais**. 16. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.

102 _____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Bahia : Universidade da Bahia, 1958.

103 _____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo : RT, 1967.

104 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos subjetivos, direitos humanos e jurisprudência dos interesses (relacionados com o pensamento tardio de Rudolph Von Ihering). **Arquivos do Ministério da Justiça**. Brasília, a. 47, n. 183, p. 135-158, jan./jun. 1994.

105 GUGGENHEIM, Daniel. **Le droit suisse des contrats** : la conclusion des contrats. 2. ed. Genève : George, 1991.

106 GUSMÃO, Paulo Dourado de. O abuso do direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 359-371, ago. 1948.

107 GUSMÃO, Paulo Dourado de. Pressupostos filosóficos da noção do abuso do direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 372-378, dez. 1948.

- 108 HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Portugal : Europa-América, 1997.
- 109 HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. **Revista de Direito Civil. (Imobiliário, Agrário e Empresarial)**. São Paulo, a. 12, n. 45, p.141-152, jul./set. 1988.
- 110 HORSTER, Heinrich Eward. **A parte geral do código civil português** : teoria geral do direito civil. Coimbra : Almedina, 1992.
- 111 IONESCU, Octavian. **La notion de droit subjectif dans le droit privé**. Bruxelles : Bruylant, 1978.
- 112 ITURRASPE, Jorge Mosset. **Interpretacion economica de los contratos**. Justicia Contractual. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 1994.
- 113 _____. **et ali. Responsabilidad civil** : teoria general. Presupuestos. Responsabilidades específicas. Argentina : Hammurabi, 1993.
- 114 JOSSERAND, Louis. **De l'abus des droits**. Paris : Arthur Rousseau, 1905.
- 115 _____. **De l' esprit des droits et de leur relativité**. Paris : Dalloz, 1927.
- 116 _____. Evolução da responsabilidade civil. **Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores**. Brasília, n. 19, a. 5, p. 31-46, set. 1946.
- 117 _____. **Del abuso de los derechos y otros endayos**. Santa Fe de Bogotá : Temis, 1999.
- 118 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- 119 LARENZ, Karl. **Derecho civil** : parte general. Madri : Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- 120 _____. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José de Sousa e Brito e José António Veloso. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1969.
- 121 LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Anotações sobre o abuso do direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 80, v. 667, p.44-50, maio 1991.
- 122 _____. Responsabilidade civil por abuso do direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 79, v. 661, p. 36-43, nov. 1990.
- 123 LEVI, Giulio. **L'abuso del diritto**. Milano : Giuffré, 1993.
- 124 LIMA, Alvino. Abuso de direito. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 166, a. 53, p. 25-51, jul./ago. 1956.

125 LIMA, Fernando Andrade Pires de ; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Código civil anotado**. 4. ed. Coimbra : Coimbra, 1987. v. 1: artigos 1º a 761º.

126 LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Do contrato no estado social**. Crise e transformações. Maceió : Edufal, 1983.

127 _____. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo : Saraiva, 1991.

128 _____. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 722, p. 40-45, dez. 1995.

129 LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996. v. 1.

130 LORENZETTI, Ricardo Luis. Nuevas fronteras del abuso de derecho (situaciones jurídicas lesivas de libertades. Tutela del mercado y amparo). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 723, a. 85, p. 53-65, jan. 1996.

131 _____. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de: Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo : RT, 1998.

132 LOS MOZOS, José Luis de. **El principio de la buena fe**. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona : Bosch, [s. d.].

133 MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Hobbes e as paixões**. Palestra proferida durante sarau realizado na Biblioteca Freudiana de Curitiba, em 16 de maio de 1994. Mimeografado.

134 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo : RT, 1999. v. 1.

135 MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3. ed. hist. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

136 MARTINS- COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 3, p. 127-154, set./dez. 1992.

137 _____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 112, a. 28, p.13-32, out./dez. 1991.

138 _____. A noção de contrato na história dos pactos. In: **Uma vida dedicada ao direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 497-513.

139 _____. **A boa-fé no direito privado** : sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

- 140 _____. Jurisprudência comentada: o princípio da boa-fé. In: **AJURIS**. Porto Alegre, v. 50, ano XVII, p. 207-227, nov. 1990.
- 141 MEIRELLES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o direito civil** (para a crítica histórica do "paradigma civilístico"). Coimbra: Almedina, 1990.
- 142 MENEZES CORDEIRO, António. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. 1º volume.
- 143 _____. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra : Almedina, 1997.
- 144 _____. Novas tendências da boa fé. **Paraná Judiciário**. Anais do Seminário Luso-brasileiro sobre as Novas Tendências do Direito Civil. Curitiba, v. 52, p.19-36, 1998.
- 145 MESTRE, Jacques. Jurisprudence française en matière de droit civil. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, n. 3, juill./sept., p. 623-624, 1995.
- 146 _____. Jurisprudence française en matière de Droit Civil **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, n. 4, p. 935-936, oct./déc., 1997.
- 147 MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Moraes, 1989.
- 148 MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível n. 30.182. Relator: Juiz Caetano Carelos. Belo Horizonte, 21 mar. 1986. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 621, a. 76, p. 206-208, jul. 1987.
- 149 _____. _____. Embargos infringentes (CV), n. 0116091-0/011 - Processo principal: 160910. Relator: Juiz José Marrara. Belo Horizonte, 2 abr. 1992. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 48, ano XIX, p. 320-334, jul./set. 1992.
- 150 MONCADA, Luís Cabral de. **Lições de direito civil**. Parte geral. Coimbra : Almedina, 1995.
- 151 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. Coimbra : Coimbra, 1994.
- 152 MUNIZ, Francisco José Ferreira ; OLIVEIRA, José Lamaratine Corrêa de. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 523, p. 11-23, fev. 1980.
- 153 _____. **Direito de família** (direito matrimonial). Porto Alegre : S. Fabris, 1990.
- 154 MUNIZ, Francisco José Ferreira. O princípio geral da boa-fé como regra de comportamento contratual. In: _____. **Textos de Direito Civil**. Curitiba : Juruá, 1998. p. 31-52.

155 NANNI, Luca. **La buona fede contrattuale**. I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, 4. Collan diretta da Francesco Galgano. Padova : CEDAM, 1988.

156 NATOLI, Ugo. Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano, p. 18-37, 1958.

157 NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.

158 NETO, Abílio. **Código civil anotado**. 10. ed. atual. Lisboa : EDIFORUM, 1996.

159 NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais** (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo : Saraiva, 1994.

160 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo : Saraiva, 1979.

161 _____. A "Verwirkung", a renúncia tácita, e o direito brasileiro. In: **Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo : Saraiva, 1982. p. 271-282.

162 OLIVEIRA, Juarez de [org.]; MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Novo Código Civil**: projeto aprovado pelo Senado Federal acompanhado de notas remissivas aos textos do código civil de 1916, ao código comercial e legislação especial. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

163 PARANÁ. Tribunal de Alçada do Paraná. Agravo de Instrumento n. 139016-5. Relator: A. Renato Strapasson. Curitiba, 24 ago. 1999. **Diário de Justiça do Estado do Paraná**. Curitiba, 03 set. 1999. (cópia do original)

164 _____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 21.951-2. Relator: Des. Francisco Muniz. Curitiba, 11 out. 1994. Disponível em: <http://200.238.21/scripts/mgwms32.dll>. Acesso em: 18 ago. 2000.

165 PASSARELLI, F. Santoro. **Doctrinas generales del derecho civil**. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1964.

166 PEREIRA, Caio de Matos da Silva. **Lesão nos contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

167 _____. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

168 _____. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

169 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

170 PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra : Almedina, 1995.

171 PINTO, Antonio Luiz de Toledo ; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos ; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de [Colab.]. **Código civil**. 51. ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

172 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro : Revista Forense, 1947. v. 1: arts. 1-152.

173 _____. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970. t. 1.

174 _____. _____. t. 2.

175 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de processo n. 80.295. 10 dez. 1991. **Boletim do Ministério da Justiça**. Lisboa, n. 412, p. 459, 1992.

176 _____. _____. Processo n. 67.976. Relator: Ferreira da Costa. 9 out. 1979. **Boletim do Ministério da Justiça**. Lisboa, n. 290, p. 352-369, nov. 1979.

177 _____. _____. Processo n. 69.272. 31 mar. 1981. **Boletim do Ministério da Justiça**. Lisboa, n. 305, p. 323-327, 1981.

178 _____. _____. Processo n. 72.584. Relator: A. Campos Costa. 16 maio 1985. **Boletim do Ministério da Justiça**. Lisboa, n. 347, p. 391-397, jun. 1985.

179 _____. _____. Recurso n. 6830. Relator: Correia de Paiva. 17 dez. 1976. **Boletim do Ministério da Justiça**. Lisboa, n. 264, p. 234, mar. 1977.

180 PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra : Almedina, 1982.

181 PROENÇA, José Carlos Brandão. **A resolução do contrato no direito civil : do enquadramento e do regime**. Coimbra : Coimbra, 1996.

182 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução de: L. Cabral de Moncada. Coleção Stvdivm. 6. ed. Coimbra : Armênio Amado, 1979.

183 RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998. p. 3-29

184 RANIERI, Fillipo. **Rinuncia tacita e verwirkung** : tutela dell'affidamento e

decadenza da un diritto. Padova : CEDAM, 1971.

185 RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. São Paulo : RT, 1997. v. 2: Teoria Geral do Direito Subjetivo. Análise dos elementos que constituem os Direitos Subjetivos.

186 REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.

187 REY, Alain. **LE ROBERT MICRO**. Dictionnaire de la langue française. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1998.

188 REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 410, ano 58, p. 12-24, dez. 1969.

189 RESCIGNO, Pietro. L' abuso del diritto. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, v. 11, p. 205-90, 1965.

190 _____. _____. Bologna : Il Mulino, 1998.

191 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 588042580. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 16 ago. 1988. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, a. 24, v. 133, p. 401-404, abr. 1989.

192 _____. _____. Apelação Cível n. 589073956. Rel: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 19 dez. 1989. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 145, p. 320-324, nov. 1990.

193 _____. _____. Apelação Cível n. 591052931. Rel: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 22 ago. 1991. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 153, a. 27, p. 392-399, ago. 1992.

194 _____. _____. Apelação Cível n. 588012666. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 12 abr. 1988. In: MARTINS-COSTA, Judith. Jurisprudência comentada : princípio da boa-fé. **AJURIS**. Porto Alegre, n. 50, ano XVII, p. 207-227, nov. 1990.

195 _____. _____. Apelação Cível n. 59128295, 5ª Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 6 jun. 1991. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 154, ano XXVII, p. 378-385, out. 1992.

196 RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. Paris : LGDJ, 1949.

197 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Parte Geral. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. v. 1.

198 ROMANO, Salvatore. Abuso del diritto. In: ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO. Milão: Giuffrè, 1958. v. 1. p. 166-170.

199 ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra : Almedina, 1988.

200 ROTONDI, Mario. **L'abuso di diritto "aemulatio"**. Padova : CEDAM, 1979.

201 SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato de legiferare? **Rivista di Diritto Civile**. Padova, a. 29, parte prima, p.117-135, 1983.

202 SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Apelação Cível n. 334.497. Relator: Juiz Antônio Marcato. São Paulo, 1º set. 1992. **JUIS** - Jurisprudência Informatizada Saraiva. Ed. nº 21, 3º trim., 2000. 1 CD-ROM

203 _____. Tribunal de Alçada de São Paulo. Apelação Cível n. 10.736. Relator: R. F. Ferraz de Sampaio. São Paulo, 2 ago. 1955. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 241, a. 44, p. 521, nov. 1955.

204 _____. _____. Apelação Cível n. 1528. Relator: Cunha Cintra. São Paulo, 7 dez. 1938. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 120, n. 470, a. 28, p. 201-205, jul. 1939.

205 _____. _____. Embargos Infringentes n. 118.331-1. Relator: Fonseca Tavares. São Paulo, 27 fev. 1991. **JUIS** - Jurisprudência Informatizada Saraiva. Ed. nº 21, 3º trim., 2000. 1 CD-ROM

206 SCHÄFER, Hans-Bernd ; Ott, Claus. **Manual de análisis económico del derecho civil**. Tradução de Macare A. von Carstenn-Lichterfelde. [s.l.]:Tecnos, [s.d.].

207 SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna. **Jurisprudence Française**. Droit des contrats. Paris : Litec, 1989. v. 5.

208 SESSAREGO, Carlos Fernández. **Abuso del derecho**. Buenos Aires : Astrea, 1992.

209 SILVA, Agathe E. Schmidt da. Cláusula Geral de Boa-fé nos Contratos de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 17, p.146-161, jan./mar., 1996.

210 SILVA, Justino Adriano Farias da. Para uma nova teoria dos direitos reais. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v.29, n. 76, p. 46-57, maio/ago. 1996.

211 TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999. p.199-215.

212 _____. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional, p.389-426. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.389-

426.

213 _____. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.267-291.

214 _____. O velho projeto de um revelho Código Civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.437-439.

215 TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial)**, São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

216 VALLADÃO, Haroldo. A condenação do abuso do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 58, v. 400, p. 11-14, fev. 1969.

217 VAN CAENEGEM, R. C. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo : Martins Fontes, 1995.

218 VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. **Abuso do direito** (em matéria de responsabilidade civil). [s.l. : s.n.], [s.d.]

219 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil** : teoria geral – introdução ao direito romano. São Paulo : Atlas, 1996.

220 WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro** : obrigações e contratos. 2. ed. São Paulo : Sugestões Literárias, 1969.

221 WARAT, Luis Alberto. **Abuso del derecho y lagunas de la ley**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1969.

222 WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro. Madrid : Civitas, 1982.

223 _____. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1967.

224 WITZ, Claude. **Droit privé allemand**. Paris : Litec, 1992. v. 1: Actes juridiques, droits subjectifs. BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales d'affaires.

225 YASSIM, Assad Amadeo. Considerações sobre abuso de direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 538, p. 16-25, ago. 1980.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	vi
RESUMO.....	vii
ABSTRACT.....	viii
INTRODUÇÃO.....	01
1 AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO PRIVADO E O ABUSO DO DIREITO.....	11
1.1 O ABUSO DO DIREITO E AS TRANSFORMAÇÕES CONCEITUAIS DO DIREITO SUBJETIVO.....	11
1.2 A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NAS SITUAÇÕES SUBJETIVAS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS.....	22
1.2.1 Situações Subjetivas Patrimoniais.....	28
1.2.2 Situações Subjetivas Extrapatrimoniais.....	34
1.3 A FORMULAÇÃO DE CRITÉRIOS GERAIS PARA DETERMINAÇÃO DO ATO ABUSIVO	38
2 AS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS DO ABUSO DO DIREITO.....	52
2.1 DA NEGAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO À NEGAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO: O PENSAMENTO DE DUGUIT, PLANIOL E RIPERT	52
2.2 A CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA FINALISTA DE JOSSERAND.....	69
2.3 O ABUSO DO DIREITO COMO CONTRARIEDADE AO ELEMENTO VALORATIVO DO DIREITO SUBJETIVO: AS CONTRIBUIÇÕES DE CASTANHEIRA NEVES E CUNHA DE SÁ	76
2. 4 A CONCEPÇÃO AUTÔNOMA DO ABUSO DO DIREITO: DA ILICITUDE À EXTERNALIDADE.....	81
2.4.1 A Concepção de Ilícitude.....	81
2.4.2 A Teoria do Abuso do Direito Delineada Fora do Direito Subjetivo	90
3 A IMPOSIÇÃO DE LIMITES À LIBERDADE NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS	99
3.1 MUDANÇA SOCIAL E ALTERAÇÕES NA TEORIA CONTRATUAL	99
3.1.1 O Contrato e seus Limites no Direito Privado Clássico	99
3.1.2 A Teoria Finalista Aplicada ao Contrato	111
3.1.3 A Função Social do Contrato.....	126
3.2 A LIBERDADE CONTRATUAL E O ABUSO DO DIREITO.....	134
3.2.1 O Abuso do Direito e a "Soberania" do Contrato: limites à liberdade de contratar e à liberdade contratual	134

3.2.2 Novos Quadrantes para a Liberdade de Contratar e a Liberdade Contratual:	
abuso do direito e boa-fé.....	164
3.3 O ABUSO DO DIREITO E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	176
3.3.1 A Concepção Alemã de Boa-fé Objetiva e sua Recepção no Direito Luso-brasileiro.....	176
3.3.2 As Modalidades de Abuso do Direito Calcados na Violação da Boa-fé.....	197
4 A PRESENÇA DO ABUSO DO DIREITO E A LIBERDADE CONTRATUAL NO	
DIREITO BRASILEIRO	213
4.1 O ABUSO DO DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	213
4.1.1 A Localização da Teoria do Abuso do Direito no Código Civil Brasileiro.....	213
4.1.2 O Projeto de Código Civil Brasileiro e o Estabelecimento do Ato Abusivo	225
4.1.3 A Constituição e as Relações Privadas Contratuais.....	234
4.2 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO	246
4.2.1 O Predomínio da Teoria Subjetivista do Abuso do Direito na Jurisprudência.....	246
4.2.2 O Acolhimento do Critério Finalista do Abuso do Direito na Jurisprudência.....	255
4.2.3 O Abuso do Direito como Violação à Boa-fé e sua Recepção pela Jurisprudência	262
5 A AUTONOMIA PRIVADA E O ABUSO DO DIREITO: PERMANÊNCIA E SUPERAÇÃO	
DA LIBERDADE MODERNA.....	288
5.1 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO E OS LIMITES TRAÇADOS À AUTONOMIA	
PRIVADA.....	288
5.2 A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO COMO JUSTO LIMITE À AUTONOMIA	
PRIVADA.....	299
5.3 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS JURISTAS E AS PERSPECTIVAS	
PARA O ABUSO DO DIREITO	307
CONCLUSÃO.....	317
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	323
ÍNDICE.....	338