

## O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

Rosalice Fidalgo Pinheiro\*

### 1. INTRODUÇÃO

Ao esboçar as primeiras reflexões em sua obra, Michel Mialle<sup>1</sup> afirma ser o Direito “um conjunto de técnicas para reduzir os antagonismos sociais, para permitir uma vida tão pacífica quanto possível entre os homens propensos às paixões.” É o próprio Direito quem traça um espaço de liberdade, dentro do qual se desenvolve a autonomia privada, permitindo a formação das mais diversas relações jurídicas entre homens “propensos às paixões”. É precisamente neste lugar que contratamos, em face de nossos desejos de “ser” e de “ter”, definindo nossos direitos subjetivos.

Por vezes, é justamente nesse espaço reservado à vontade, que os homens ultrapassam limites, ainda que não traçados expressamente pelo ordenamento jurídico, e ferem os interesses de outras pessoas. Então, o próprio Direito parte na busca da estipulação de limites aos poderes que concedeu ao sujeito. Surge a figura do abuso do direito, reafirmando a definição acima transcrita de Michel Mialle, como instrumento para limitação da liberdade, expressa através de uma categoria que a modernidade erigiu como o “átomo jurídico”<sup>2</sup> do sistema privado: o direito subjetivo.

### 2. O ABUSO DO DIREITO E O DIREITO SUBJETIVO

Os Códigos da modernidade delinearão o sistema de Direito Civil Clássico sob as vestes do individualismo, da liberdade e de uma igualdade meramente formal. A consagração de direitos individuais nos séculos XVIII e XIX proporcionaram ao indivíduo, a liberdade pela qual ele poderia “autoregrar” seus

\* Mestre e doutoranda em Direito das Relações Sociais junto à UFPR. Professora de Direito Civil nas Faculdades do Brasil.

<sup>1</sup> *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Moraes, 1989, p. 25.

<sup>2</sup> Expressão usada por: IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. Bruxelles: Bruylant, 1978, p. 26. Assim como o átomo foi considerado por muito tempo como a última partícula da matéria, o direito subjetivo apresenta-se como o componente do direito objetivo, impossível de ser suprimido.

## O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

interesses<sup>3</sup> livre de intervenções estatais. Era preciso quebrar os entraves advindos da Idade Média, que se apresentavam à propriedade privada, operando-se para esta uma “transferência” que levou séculos para acontecer.<sup>4</sup> Com vistas a atuar neste cenário, o ordenamento jurídico revestiu o homem do *status* de sujeito de direito, passando a ter no direito subjetivo, o “expediente técnico”, que o capacitaria para participar das mais variadas relações jurídicas.

Nessa perspectiva, o indivíduo encontrou nas codificações oitocentistas um mundo jurídico no qual ele poderia manifestar a maior de suas prerrogativas: liberdade. Este mundo se traduz na “biografia do homem”, definida por Orlando de Carvalho como a “história do homem em ação”,<sup>5</sup> que traça a vida e morte de um sujeito de direito, passando pelo contrato, pela propriedade e pela família.

É nesse momento, que o direito subjetivo revela-se para o homem moderno, não apenas como o instrumento técnico, mas “significativo-ideológico”, que “mantém viva a idéia de liberdade de cada um dentro da sociedade”.<sup>6</sup> Esta liberdade fundamentada no princípio da autonomia privada, implica em vantagens econômicas,<sup>7</sup> que se traduzem em precaver a ordem liberal contra investidas exteriores,<sup>8</sup> o que fez com que ela sempre recebesse limites negativos ou externos, frente ao Estado liberal.

Em conformidade com a idéia de “átomo jurídico”<sup>9</sup> do sistema privado, apresenta-se o direito subjetivo não apenas como o componente do direito objetivo, mas como antecedente e prevalecente a este último. Nesta perspectiva, onde toda a primazia é conferida à vontade, esta prerrogativa individual mostra-se como

<sup>3</sup> Trata-se do conceito de autonomia privada utilizado por Pontes de Miranda, como “autogoverno” da vontade. In: Tratado de direito privado. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Brosoi, 1970, tomo III, p. 3.

<sup>4</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 138.

<sup>5</sup> *Para uma teoria da relação jurídica civil*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981. V. 1: A teoria da relação jurídica - seu sentido e limites, p. 10.

<sup>6</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 668.

<sup>7</sup> “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).

<sup>8</sup> MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 669.

<sup>9</sup> 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.

“absoluta”,<sup>10</sup> pois seu exercício encontra-se entregue ao livre arbítrio de seu titular. Isto implica em subtrair-lhe todos os limites, a não ser aqueles erigidos pelo próprio ordenamento, com vistas a proporcionar uma convivência pacífica dos interesses individuais.<sup>11</sup>

Mas ocorre que esta base ideológica proporcionada pelos sistemas codificados ao direito subjetivo, logo revela sinais de sua insuficiência em contraposição com a realidade, pois o homem não é um ser isolado, que vive destacado da sociedade.

Em atenção ao solidarismo que passa a influenciar o Direito, o papel desempenhado pelo Estado assume novos parâmetros, estabelecendo agora, limites positivos. A intervenção estatal reduz a liberdade e produz uma “reviravolta na noção de direito subjetivo, de senhorio (poder da vontade) a interesse juridicamente protegido,”<sup>12</sup> revelada especialmente sob perfil constitucional. Deste modo, a eterna polêmica entre as concepções de direito subjetivo expressas por Windscheid e Ihering,<sup>13</sup> revelam a inversão de ordens daquele em relação ao direito objetivo, rompendo-se com a idéia de “átomo jurídico”.

Nesse processo, encontra lugar a construção jurisprudencial delineada em torno do abuso do direito como um corretivo às situações injustas, provocadas por uma concepção “absoluta” de direito subjetivo. Eis o “instrumento flexível”, capaz de abrandar o rigor dos textos legislativos aos casos concretos.<sup>14</sup> O resultado desta necessidade de limitar a liberdade conferida ao indivíduo, traz à lume segundo a doutrina, a “relatividade” das prerrogativas individuais. Nesta perspectiva, encontram-se aqueles que consideram a teoria do abuso do direito como uma das manifestações mais eloqüentes da “crise jurídica”, como afirma Carlos Fernandez Sessarego.<sup>15</sup> Em verdade, trata-se do rompimento com a concepção ideológica de direito subjetivo.

<sup>10</sup> A denominação “absolutos” se faz em contraposição a “relativos”, que se reportam à teoria de Demogue, para quem existiriam direitos subjetivos ilimitados e limitados, respectivamente.

<sup>11</sup> Neste sentido, é exemplar o artigo 554 do Código Civil Francês, ao definir a propriedade como: “*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*”.

<sup>12</sup> TEPELINO, Maria Celina B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil (imobiliário, agrário e empresarial). São Paulo, nº 65, p. 21-32, jul./set. 1993, p. 23.

<sup>13</sup> Não obstante as críticas e ponderações, não se pode negar que a teoria de Windscheid é própria de um liberalismo clássico. Por isso, multiplicaram-se as reações à sua concepção individualista, dentre elas, a teoria do interesse de Ihering. 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 interviria ao conferir uma ação, a fim de realizar o interesse, donde resulta sua definição esboçada como “interesse juridicamente protegido”.

<sup>14</sup> ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria geral dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, p.118.

<sup>15</sup> SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 16.

## O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

### 3. A CONSTRUÇÃO CIENTÍFICA DO ABUSO DO DIREITO

Este quadro, no qual se delineou a teoria do abuso do direito poderia parecer já relegado ao passado, revelando-se como um paradoxo, analisar uma concepção teórica elaborada em fins do século XIX, para conferir-lhe ampla aplicabilidade no século XXI. No entanto, a importância do princípio que proíbe o abuso do direito revela-se em seu traçado teórico, como resultado de um trabalho árduo da doutrina acompanhada pela jurisprudência, que se orientou no sentido de delineá-lo em sua autonomia dogmática.

Trata-se do acirrado debate entre opositores e defensores da nova teoria que começava a se esboçar, encontrando-se estes últimos divididos entre concepções subjetivas e objetivas, ao indagar pelo critério capaz de determinar o abuso do direito: se na intenção de prejudicar; ou ao revés, na contrariedade ao fim social do direito.

Nas entrelinhas desse debate, encontrou-se presente a própria ideologia dos juristas, como ousou afirmar Pietro Rescigno,<sup>16</sup> demonstrando que o tema pesquisado é capaz de revelar-se como um problema metodológico da própria juridicidade, como constatou Castanheira Neves.<sup>17</sup>

Eis as resistências de um sistema individualista à nova teoria, que se fizeram sentir ao admiti-la de modo limitado. Critérios restritos foram erigidos sob a denominação de concepções subjetivas, por evidenciarem o abuso do direito somente quando o titular do direito agisse com a intenção de prejudicar outrem ou quando não tivesse interesse legítimo a satisfazer com sua conduta. Nesta linha, colocam-se as argumentações de autores como Ripert, que acaba por enquadrar o abuso do direito como uma modalidade de ato ilícito, sendo admitido em casos excepcionais, nos quais indagava-se da culpa ou dolo do seu agente, apresentando-se como mero “capítulo da responsabilidade civil”.<sup>18</sup> Neste sentido, apresentaram-se as primeiras decisões dos tribunais franceses, como o caso célebre do proprietário que construía uma chaminé em seu imóvel com o intuito de apenas obstar a claridade do imóvel vizinho.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> *L'abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 11.

<sup>17</sup> *Questão-de-facto-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*. V.1: A crise. Coimbra: Almedina, 1967. p. 526.

<sup>18</sup> LIMA, Alvino. *Abuso do direito*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 166, a. 53, p. 25-51, jul./ago. 1956., p. 29.

<sup>19</sup> Embora os primeiros casos que se apresentaram na jurisprudência francesa não consagrassem a expressão “*abuso do direito*”, mostravam-se fiéis aos seus princípios. Cf. MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. hist. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 35.

A insuficiência deste tratamento não tardou a se revelar: deixava-se de lado uma série de casos, que embora causassem dano ao direito alheio, ficavam à margem do que o sistema considerava como abusivo ou ilícito. No entanto, jogar o ato abusivo para o plano da ilicitude não era mais do que um modo de negá-lo! 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 do século XX. E 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 do liberalismo capitalista.

Como modo de se negar implicitamente a teoria do abuso do direito, levantaram-se teorias como a de Rotondi, que apenas consideravam-no como um fenômeno sociológico; a de Planiol, que ao denominá-lo de uma “logomaquia”,<sup>20</sup> apenas contribuiu para o esclarecimento do próprio abuso do direito; a de Ripert, que o delineava como a intenção de prejudicar; e até mesmo autores como Duguit, que por negar o direito subjetivo, negavam o ato abusivo.

A superação desta concepção, exigiu um esforço doutrinário por parte dos teóricos do direito, até se chegar à sua concepção autônoma. Surgem as concepções objetivas, que se afastam do dogma da vontade. Como significado de um momento de transição, há de se mencionar o impulso proporcionado pela teoria finalista de Josserand, ao delinear o ato abusivo quando há o desvio da função social ou do espírito do direito. Foi através da doutrina de Josserand, que se verificou a superação de um “absolutismo intransigente”, que levou o sistema a uma certa abertura para com a moral e a sociedade, traduzida no “relativismo” dos direitos subjetivos. O ato abusivo passou a ser compreendido em seu duplo aspecto: subjetivo, quando nele se buscam os motivos do agente, e objetivo, confrontando o ato com a função ou fim do direito. Os casos de repressão ao abuso do direito, ampliaram-se, e o finalismo encontrou sua forma mais perfeita e acabada. Seria este o critério apto a revelar e corrigir o ato abusivo?

Não obstante o alcance conferido pela teoria de Josserand, o abuso do direito não chegou a se afirmar como concepção autônoma em relação à ilicitude. Neste sentido, apresentam-se as críticas de Cunha de Sá, para quem sua construção não deixa de ser metajurídica, encontrando o critério para determinação do ato abusivo em um elemento exterior ao direito subjetivo. Portanto, quer por critérios subjetivos, quer por critérios objetivos, até então delineados, não se chega a uma concepção autônoma de abuso do direito, não passando as formulações teóricas até então empreendidas, de uma forma de negá-lo e de preservar o espaço de liberdade afeto ao direito subjetivo.

<sup>20</sup> Ao denominar o abuso do direito de “logomaquia”, queria com isto, dizer Planiol, que “o direito cessa onde começa o abuso”, pois “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.” (*Apud* MARTINS, Pedro Baptista, *Op. cit.*, p. 25).

## O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

O verdadeiro abuso do direito, aduz Cunha de Sá, ocorre quando há um preenchimento da estrutura formal do direito subjetivo delineada pelo ordenamento jurídico, dando-lhe uma aparência como tal, mas com um desvio do valor que o integra. Eis o teor das concepções propostas por este último e Castanheira Neves, segundo o qual o abuso do direito consiste em encobrir a violação do fundamento axiológico do direito subjetivo, com o preenchimento de sua estrutura formal, de tal modo que o “fundamento axiológico do direito subjetivo constitui o preciso limite”.<sup>21</sup>

Com efeito, parte-se para uma construção autônoma do abuso do direito: enquanto o ato ilícito excede aos limites lógico-formais do direito, o ato abusivo ultrapassa os limites axiológicos-materiais de uma situação concreta. E assim, assevera Cunha de Sá, o abuso do direito não se constitui como ato lícito nem como ato ilícito, integrando uma categoria autônoma, transposta para a abusividade.<sup>22</sup> Novamente cumpre indagar: seria este, o critério perfeito e definitivo para determinar o abuso do direito e traçar-lhe uma teoria verdadeiramente autônoma?

Menezes Cordeiro dirige suas críticas às teorias que entendem o ato abusivo como uma contrariedade ao fundamento axiológico do direito, pois não passariam de um “axiologismo formal”. Todas as teorias até então desenvolvidas, sejam subjetivas, finalistas ou axiológicas, prendem-se ao elemento interno do próprio direito subjetivo, e por isso, circunscritas a mesma racionalidade que as motivou: o “jussubjetivismo”. Somente quando o abuso do direito revela-se por vetores externos ao direito subjetivo é que ele se torna independente.<sup>23</sup> As teorias até então cogitadas, e taxadas pelo autor de internas, não passariam de uma negação do próprio abuso do direito, pois se reduziriam a um fator interpretativo. Contrapostas a estas, estariam as teorias externas, nas quais há incompatibilidade entre as normas que instituem o direito subjetivo e os preceitos que delimitam seu exercício. Este pensamento se contrapõe diretamente ao esboçado por Cunha de Sá, e nos leva a questionar: é possível conceber uma teoria do abuso fora do próprio direito subjetivo? Na verdade, não se trataria mais de buscar a autonomia da abusividade em relação à ilicitude, mas em relação ao próprio direito subjetivo.

Nesse sentido encontram-se as argumentações de Menezes Cordeiro, pois a teoria do abuso do direito tem no direito subjetivo, segundo ele, suas possibilidades esgotadas. Parte-se então, para o “exercício inadmissível de posições jurídicas”, em face do qual delineiam-se novas formas de abusividade.

<sup>21</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Lisboa: Petrony, 1973, p. 456.

<sup>22</sup> CUNHA DE SÁ, *Op. cit.*, p. 456.

<sup>23</sup> MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 872.

#### 4. O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A transposição das concepções, anteriormente esboçadas para o contrato, levam a indagar se a figura do abuso do direito seria suficiente para corrigir as situações injustas geradas por um modelo de justiça contratual assentado na liberdade e igualdade meramente formais, tal qual consagrado pelas codificações oitocentistas. Trata-se não apenas de limites ao exercício de prerrogativas provenientes diretamente da lei, mas da própria autonomia da vontade, e que não se encaixariam nas formas moldadas para o direito subjetivo.

A teoria de que se trata, nasceu e desenvolveu-se em meio ao direito subjetivo, mais especificamente, o direito de propriedade, protegendo-se o interesse coletivo, sempre colocado à margem pela preponderância do interesse de seu titular. Mas não é somente pelo do direito subjetivo que se expressa a liberdade garantida aos sujeitos de direito. Há outras prerrogativas, que embora não se encaixem dentro daquela estrutura formal definida pelo ordenamento jurídico, também configuram-se em sua expressão, como aquelas decorrentes do contrato. Por isso, indaga-se: é possível o abuso da liberdade de contratar?

Aponta Cunha de Sá, que a jurisprudência foi restrita, ao admitir o abuso do direito somente nos direitos subjetivos provenientes da lei, mas nem sempre daqueles direitos e faculdades advindos do contrato. Então como ficaria o interesse do outro contratante ou o interesse coletivo, quando prejudicados, em face do desequilíbrio contratual? Busca-se identificar na doutrina, um critério que se conjugando com a teoria autônoma do abuso do direito, torne-o possível de aplicação não apenas ao direito subjetivo, mas a outras prerrogativas individuais. Nesta perspectiva, é de se evidenciar um certo papel desempenhado pela jurisprudência nestes casos: os direitos que diretamente provêm da vontade, ou fazem parte de um espaço de grande discricionariedade conferido aos sujeitos pela autonomia privada, são deixados à margem quando se trata de configurar o abuso do direito. Neste momento, verifica-se que não obstante as críticas empreendidas por Menezes Cordeiro ao “axiologismo-formal”, sua teorização responde em parte, às indagações feitas por Cunha de Sá. Trata-se da externalidade do abuso do direito em relação ao direito subjetivo, a proposta teórica capaz de estabelecer limites às prerrogativas contratuais?

Trata-se de limitar a liberdade de contratar, e à medida em que se estabelecem limites a esta última, de limitar a própria autonomia privada. Assim, cabe trazer à lume a indagação exposta por Antunes Varela:

...interessa-nos naturalmente saber se os limites impostos aos direitos subjetivos, para que 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

## O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

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? <sup>24</sup>

Essa idéia encontra desenvolvimento a partir das concepções objetivas de abuso do direito, ao configurar-se como abusiva, em certos casos, a liberdade de contratar em seu aspecto negativo.<sup>25</sup> Mas é somente em face do rompimento com os princípios nos quais se assentavam a teoria tradicional do contrato, que vamos encontrar a formulação teórica capaz de limitar tanto a liberdade de contratar como a liberdade contratual.<sup>26</sup>

Nessa perspectiva, esboça-se a idéia de que o contrato tem uma função social<sup>27</sup> a desempenhar, e por isso, as liberdades que através dele se expressam, devem ser exercidas em atenção a este valor. Trata-se do delineamento de uma “nova teoria contratual”, que traz consigo a idéia de justiça substancial, e o abandono da vontade individual como reino justiça contratual. O resultado disso, se fez sentir com a edição de diplomas legislativos como o Código de Defesa do Consumidor, no qual vamos encontrar a consagração de um princípio capaz de traçar um “novo paradigma” para as relações contratuais: a boa-fé objetiva,<sup>28</sup>

<sup>24</sup> O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro, v. 1, p. 37-59, 1982, p.38.

<sup>25</sup> Em sua obra, Josserand posiciona-se a favor da configuração do abuso da liberdade de contratar em seu aspecto negativo, isto é, a recusa de contratar, bem como em outras fases da contratação. (JOSSERAND, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Arthur Rousseau, 1905).

<sup>26</sup> Tratam-se dos dois aspectos em que se revela a liberdade nos contratos: a liberdade de contratar e a liberdade contratual. Como pondera Arnold Wald, há uma distinção que evidencia 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 dos contratos. (*Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p. 155).

<sup>27</sup> “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”. (HIRONAKA, Giselda. *A função social do contrato*. Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial). São Paulo, a. 12, n. 45, jul./set. 1988. p. 141).

<sup>28</sup> Diversamente encontra-se a boa-fé objetiva, que segundo Judith MARTINS-COSTA, (*A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 410) “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 NORONHA. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136 “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”.

configurada como cláusula geral estabelecida no artigo 51, IV, deste microsistema, desempenhando um papel de imposição de deveres e de limitação ou controle no exercício de direitos.<sup>29</sup>

Tais considerações, que se revelam em uma “nova teoria contratual”, não significam, entretanto, a “decadência” da teoria do abuso do direito, mas a necessidade de lhe trazer um novo significado que se reflete no princípio da boa-fé. Trata-se do último critério a ser erigido para o abuso do direito nas relações contratuais.<sup>30</sup>

Argumenta Menezes Cordeiro, que a boa-fé objetiva desempenha uma vocação específica de intervir em relações que envolvam duas ou mais pessoas. E em todos os casos de abuso do direito está presente a violação deste dever. Mas, violação esta, que revela uma desproporção entre o interesse visado por uma parte e o interesse lesado da outra. Portanto, indaga-se: o abuso do direito, fundamentado na boa-fé, pode se revelar como o melhor critério para alcançar a justiça contratual e limitar prerrogativas que não se encaixam na estrutura de direito subjetivo delineada pelo ordenamento jurídico? É o que pode se revelar pela construção de novas formas de abusividade delineadas pela jurisprudência.

## 5. AS CONSTRUÇÕES JURISPRUDENCIAIS EM TORNO DO ABUSO DO DIREITO: NOVAS FORMAS DE ABUSIVIDADE

Em conformidade com a teoria tradicional do contrato, a teoria do abuso do direito é aplicada nas diversas fases da contratação. Assim, erige-se na jurisprudência francesa, o abuso da recusa de contratar ou da prerrogativa de concluir o contrato, por ocasião de sua execução, e até mesmo o abuso no exercício de sua resolução.

As primeiras decisões que se estabeleceram neste sentido, em fins do século XIX, aplicavam-se ainda às relações de trabalho, que começam a exigir uma intervenção estatal, rompendo com o princípio da intangibilidade dos contratos. Arraiçadas a critérios esboçados pelas concepções subjetivistas, a condenação do abuso do direito ocorre restritamente. Isto revela o teor meramente exegético com que se desenvolve referida teoria pela construção jurisprudencial francesa.

<sup>29</sup> “Segundo a nova visão do direito, o contrato não pode mais ser considerado somente como um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. Hoje, a função social do contrato, como instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos, exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra a sua nova função social.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed., São Paulo: RT, 1999, V. 1, p. 110).

<sup>30</sup> NORONHA, *Op. cit.*, p. 169.

## O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

No Código de Napoleão, não havia qualquer dispositivo capaz de acomodar o abuso do direito, fazendo com que ele acabasse por encontrar seu fundamento no artigo 1.382, do qual derivou como um princípio geral. Em face de se tratar este, de um artigo pertencente à responsabilidade civil, a perplexidade gerada pelas situações abusivas, que evidenciavam uma lacuna no sistema jurídico, inserem-se no âmbito desta última, sem se revelar como figura autônoma.

Nesta perspectiva, verifica-se que a atividade “criadora” dos juízes franceses estava em perfeita sintonia com os ditames esboçados pela Escola da Exegese ao sistema codificado. Trata-se de uma atividade de interpretação “dedutivo-formal”,<sup>31</sup> concretizado em sua atividade de subsunção, na qual o julgador deve se afastar de critérios que se apresentam como estranhos ao Direito. Nisto revela-se a “carência de uma perspectiva axiológica normativa e de argumentos teleológicos”,<sup>32</sup> perfazendo um sistema jurídico fechado.

Em conformidade com este papel meramente exegético, aduz Menezes Cordeiro, que apenas se permitiu uma interpretação melhorada das normas jurídicas. Uma vez ultrapassada esta concepção, o abuso do direito entrou em “decadência científica e desapareceu”.<sup>33</sup>

As mudanças que se processaram com vistas a delinear um sistema jurídico aberto, proporcionadas pelo finalismo, ressaltaram a existência de valores na órbita jurídica. É justamente neste momento, que se verifica que as decisões que em outra época, eram proferidas abundantemente pelos tribunais acerca do abuso do direito, agora simplesmente deixam de existir. Há que se indagar, entretanto, em que medida ocorre esta “decadência”, verificada em sua teorização.

É neste momento, que se permite outro delineamento dogmático para o abuso do direito, aquele de índole germânica. Trata-se do alcance proporcionado pelo desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva, presente na cláusula geral do § 242 do BGB. Neste, figuras típicas delineadas pela casuística dos tribunais alemães, vão determinar o alcance do “exercício inadmissível de posições jurídicas”, sob as seguintes formas:

### a) *exceptio doli*

Fundamentado em bases romanas, este 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”,<sup>34</sup>

<sup>31</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995, V. 1., p. 188.

<sup>32</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Op. cit.*, p. 188.

<sup>33</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed., Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, 1º volume, p. 372.

<sup>34</sup> MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 720.

## ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

b) inalegabilidade de nulidades formais

Ocorre quando “o exercício de um direito que implique a alegação de nulidade formal pode ser abusivo por contrariar a boa-fé”,<sup>35</sup>

c) *supressio*

É “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”,<sup>36</sup>

d) *surrectio*

De semelhante modo, erige-se ao lado da *supressio*, a denominada *surrectio*, apontada por Menezes Cordeiro, como instituto que faz surgir um direito que não existe juridicamente, mas que existe na efetividade social;<sup>37</sup>

e) *tu quoque*

Define-se como 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”,<sup>38</sup>

f) o desequilíbrio no exercício de direitos

Hipótese ainda apontada por Menezes Cordeiro,<sup>39</sup> encontra-se no despropósito entre o exercício do direito e os efeitos que dele derivam, gerando um desequilíbrio.

Em que pese a diversidade de tais condutas, em todos está presente a idéia de comportamentos contraditórios, expressa na figura do *venire contra factum proprium*. Trata-se este do “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente”.<sup>40</sup> 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 ao primeiro. Semelhante situação, atenta contra o princípio da boa-fé objetiva, em face da confiança gerada por um contratante no outro.

Essa tipificação de comportamentos tomou corpo não apenas na Alemanha, mas foi recepcionado também pelos tribunais portugueses, como nos casos citados por Menezes Cordeiro, e a seguir expostos:

“RLx 26 Nov. 1987: abuso do direito, por *venire contra factum proprium*, a pessoa que, tendo celebrado um contrato e tendo providenciado para o seu cumprimento, durante trinta anos, venha, em determinada altura, alegar a sua nulidade”.<sup>41</sup>

<sup>35</sup> MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 795.

<sup>36</sup> *Da boa-fé...*, p. 797.

<sup>37</sup> MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 814.

<sup>38</sup> *Da boa-fé...*, p. 837.

<sup>39</sup> MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 853.

<sup>40</sup> MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 742.

<sup>41</sup> MENEZES CORDEIRO. *Teoria geral...*, p.379/80.

## O ABUSO DO DIREITO E AS RELAÇÕES CONTRATUAIS: PRIMEIRAS APROXIMAÇÕES

“Rpt 29 Maio 1980: tendo várias pessoas acordado, em conjunto, comprar um terreno a um proprietário, não pode, sob pena de abuso, a que primeiro tenha feito a escritura, intentar acção de preferência contra os demais.”<sup>42</sup>

“Rpt 3 Fev. 1981: o senhorio é instado a fazer obras num armazém que deixava entrar água; recusa; o inquilino evacua o local; o senhorio vem propor um despejo por encerramento do local.”<sup>43</sup>

Tais decisões revelam, que ao contrário do que se poderia pensar, o princípio que proíbe o abuso do direito não apenas preserva, mas enriquece sua importância, ao se verificar, que mesmo após a promoção de uma intensa intervenção estatal nas relações contratuais privadas, ainda se faz necessário alcançar o equilíbrio contratual. Assim mostrou-se, o “exercício inadmissível de posições jurídicas”, denominação alcançada pelo último do mais amplo dos critérios que buscam delineá-lo. Trata-se de concebê-lo como o instrumento hábil capaz de obstar o exercício de prerrogativas conferidas ao sujeito, especialmente nas relações contratuais, quando em contrariedade ao princípio da boa-fé, revelando sua importância na sociedade com vistas a alcançar a justiça contratual.

### 6. CONCLUSÃO: ABUSO DO DIREITO E BOA-FÉ

Ao contrário de uma decadência, antes esboçada para a teoria do abuso do direito, verifica-se uma transformação em sua construção científica, sob a modalidade de “exercício inadmissível de posições jurídicas”. Este sentido ainda é revelado por uma mudança do papel desempenhado pelo princípio da boa-fé objetiva, em relação à autonomia privada.

Se em meio à teoria tradicional do contrato, a boa-fé objetiva revelava-se apenas como um reforço à vinculação contratual, e por isso, submetida à autonomia da vontade, em face de uma “nova teoria contratual” este princípio apresenta-se como verdadeiro limite à autonomia privada, despindo-se das vestes de um papel subordinado em relação a esta última.

Em sua tríplice função, a boa-fé objetiva apresenta-se como “cânone hermenêutico-integrativo”, atuando com vistas ao preenchimento de lacunas existentes no contrato; como norma de criação de deveres jurídicos para as partes, ainda que não previstos no contrato; e como limitação ao exercício de direitos subjetivos e outras prerrogativas individuais, sob a forma de “exercício inadmissível de posições jurídicas”. É sob esta última função, que se proíbe o *venire contra factum proprium*, por atentar contra a boa-fé objetiva, sob a forma de novas configurações típicas.

<sup>42</sup> MENEZES CORDEIRO. *Teoria geral...*, p. 381/2.

<sup>43</sup> MENEZES CORDEIRO. *Teoria geral...*, p. 383.

Resta agora saber, em que medida há o acolhimento desta concepção transformada de abuso do direito em nosso sistema jurídico. Há espaço para toda esta teórica construída sob a forma de “exercício inadmissível de posições jurídicas”?

Com efeito, encontramos a teoria do abuso do direito a desempenhar um papel mais adequado à “nova teoria contratual”, prestando-se como verdadeiro limite à autonomia privada. Entretanto, referido limite não ocorre com vistas a enfraquecê-la, pois ao contrário, limita-se para preservar e enriquecer<sup>44</sup> este princípio que ainda se mantém como a base do ordenamento jurídico privado.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro*. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro, v. 1, p. 37-59, 1982.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 1993.
- 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.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Lisboa: Petrony, 1973.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução de: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.
- HIRONAKA, Giselda. *A função social do contrato*. Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial). São Paulo, a. 12, n. 45, jul./set. 1988. p. 141.
- IONESCU, Octavian. *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. Bruxelles: Bruylant, 1978.
- JOSSERAND, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Arthur Rousseau, 1905.
- \_\_\_\_\_. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927.
- LIMA, Alvaro. *Abuso de direito*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 166, a. 53, p. 25-51, jul./ago. 1956.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, v. 1.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. hist. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Moraes, 1989.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 3.
- RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1998.
- RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ, 1949.
- ROTONDI, Mario. *L'abuso di diritto "aemulatio"*. Padova: CEDAM, 1979.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. *Abuso del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- 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.
- WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

<sup>44</sup> MENEZES CORDEIRO. Teoria geral..., p. 353.