

O ABUSO DO DIREITO E A FUNÇÃO DE CONTROLE DA BOA-FÉ OBJETIVA

Shandor Portella Lourenço
Bacharel em Direito pela UFMG
Mestrando em Direito Empresarial pela
Faculdade de Direito Milton Campos
Procurador Federal

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A constitucionalização do direito privado; 3 O princípio da boa-fé objetiva; 4 Função de controle da boa-fé objetiva; 5 Figuras decorrentes da função de controle da boa-fé objetiva; 5.1 Teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*); 5.2 *Tu quoque*; 5.3 Inadimplemento mínimo. 5.4 *Verwirkung* (*supressio/ surrectio*); 6 Conclusão; 7 Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise da figura do abuso do direito e sua estreita relação com a função de controle da boa-fé objetiva. Para tanto, partimos do exame do fenômeno da constitucionalização do direito, bem como da incorporação dos valores constitucionais da solidariedade e da dignidade da pessoa humana como novo marco teórico das relações privadas contemporâneas. Conhecidos os elementos caracterizadores do ato abusivo, buscamos correlacioná-los sob a perspectiva da função de controle da boa-fé objetiva. Destacamos, nesse contexto, algumas figuras jurídicas oriundas do direito estrangeiro e incorporadas ao nosso ordenamento jurídico pela jurisprudência e doutrina. Ressaltamos, contudo, que nossa intenção é singela. Procuramos, nos limites da presente proposta de trabalho, apenas difundir as teorias do ato abusivo e da função de controle da boa-fé objetiva, bem como as principais construções teóricas citadas pela melhor jurisprudência dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso do Direito. Boa-Fé Objetiva. Função de Controle. Constitucionalização do Direito Privado.

1 INTRODUÇÃO

Hoje, não restam dúvidas sobre a importância da boa-fé objetiva como instrumento de controle dos abusos verificados nas relações jurídicas contemporâneas. A incorporação dos valores constitucionais às relações privadas tornou imperfeita toda e qualquer negociação que venha a desprezar o padrão ético e solidário existente na sociedade.

As diretrizes do direito privado foram, durante um longo período, inspiradas em normas de caráter eminentemente individualistas e patrimonialistas, inexoravelmente dissociadas dos modernos princípios constitucionais protetores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (art. 1º, III e art. 3º, III da CR/88).

A lenta e gradual evolução operada no direito privado tendeu, entretanto, a relativizar a autonomia da vontade, de modo a compatibilizá-la com os novos valores sociais e constitucionais. Esse fenômeno ficou conhecido no Brasil como a “constitucionalização do direito privado”.

É nesse contexto que a teoria do abuso do direito, intimamente relacionada e fundamentada na boa-fé objetiva, torna obsoleto o modelo jurídico individualista até então vigente. A partir desse novo modelo teórico, o direito subjetivo deixa de ser entendido como um poder ilimitado de expressão da liberdade e da autodeterminação do cidadão. Essa teoria resulta, pois, de uma concepção relativista de direitos individuais.

Para melhor compreensão do ato abusivo, valemo-nos da lapidar definição de Heloísa Carpena¹:

Aquele pelo qual o sujeito excede os limites de exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza.

1 CARPENNA, Heloísa. O abuso do direito no Código civil de 2002, in TEPEDINO, Gustavo (coord.), **A parte geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 370.

Conforme dito anteriormente, o ato abusivo e o princípio da boa-fé objetiva são institutos intimamente vinculados.

O abuso do direito é constatado a partir do momento em que se verifica a violação do elemento axiológico da norma. Instala-se, a partir daí, a contrariedade entre o comportamento comissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito. Indaga-se, nesse sentido, se é possível mensurar o que pode ou não ser considerado exercício admissível de determinada posição jurídica. Parece-nos que a resposta se situa justamente nos termos do art. 187 do Código Civil. O essencial do abuso do direito será dado pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função social e econômica dos direitos.

Vê-se, portanto, que a configuração do ato abusivo será dada pela inobservância de um padrão ético de comportamento. Essa circunstância, por sua vez, é aferível a partir da observância da boa-fé objetiva.

Daí é que surge uma das mais importantes funções exercidas pela boa-fé objetiva (função de controle) e todas as figuras dela decorrentes: o inadimplemento mínimo, o *venire contra factum proprium*, o *Tu quoque*, a *Verwirkung*, entre outras.

Sem qualquer pretensão de exaurimento do tema, bem como considerando os limites teóricos do presente trabalho, abordamos, mesmo que de forma perfunctória, a teoria do abuso do direito e sua estreita vinculação com a função de controle da boa-fé objetiva.

Sob essa diretriz, iniciamos o trabalho pela análise do fenômeno da constitucionalização do direito privado de modo a contextualizar o leitor e fixar um marco teórico para o trabalho.

A partir daí, voltamos ao exame da teoria dos atos abusivos de modo a defini-lo e relacioná-lo adequadamente a função de controle da boa-fé objetiva. Seguindo no desenvolvimento do tema, trabalhamos a definição doutrinária e jurisprudencial dada ao princípio da boa-fé objetiva e classificamos suas funções mais importantes.

Finalizando nossa análise, abordamos superficialmente as principais figuras decorrentes da função de controle da boa-fé objetiva de modo a defini-las em seu conjunto.

Ressalte-se, contudo, que nossa intenção é singela. Procuramos, nos limites da presente proposta de trabalho, difundir as teorias do ato abusivo e da função de controle da boa-fé objetiva, bem como as principais construções teóricas daí originadas e citada pela melhor jurisprudência dos Tribunais Superiores.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Discorrer sobre a “constitucionalização do Direito Privado” soa, num primeiro momento, como um verdadeiro contra senso, já que, como é sabido, a Constituição possui uma função esterilizante de todo e qualquer diploma normativo que não lhe seja conforme. De fato, sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico seria impensável pensar em qualquer regramento válido que não lhe seja subordinado material e formalmente.

É necessário, portanto, esclarecer que o termo não deve ser analisado sob o enfoque dos fenômenos da recepção ou do controle de constitucionalidade das leis. Refere-se o mesmo, mais que sua adequação formal ao texto constitucional, à nova concepção interpretativa e principiológica do Direito Civil.

Inserido no âmbito do direito privado, o Direito Civil, desde a antiga Roma, sempre foi considerado o grande ramo da ciência jurídica. Por muito tempo estudou-se nos bancos escolares das Faculdades de Direito de todo o país que o Direito Civil se dirigia à regulamentação das relações sociais travadas entre as pessoas, no âmbito privado. Seria, pois, do ramo do direito vocacionado, precipuamente, à disciplina da vida do cidadão.

A crescente complexidade das relações humanas e o impacto gerado pela promulgação da Constituição de 1988, pródiga na tutela do indivíduo, promoveu verdadeira revolução na dogmática civilista, voltando seu enfoque para o indivíduo e seus direitos fundamentais.

Seus efeitos se fizeram sentir não só na releitura dos seus conceitos jurídicos, tais como a propriedade e o contrato, mas também na aceitação de novas realidades como a união entre pessoas do mesmo sexo, a manipulação genética e o biodireito. Mais importante que tutelar quem é dono do fruto caído sob terreno limdeiro, passou o Direito Civil a se preocupar com o ser humano em sua essência e a dinâmica de sua vida social.

Não podemos olvidar que o Código Civil de 1916 inspirou-se nos ideais burgueses explicitamente veiculados no Código Napoleônico. Sob essa perspectiva, preocupavam-se os burgueses em proteger as liberdades do indivíduo em face das ingerências do Estado. Chegou-se a conceber o Código Civil como uma verdadeira constituição do direito privado. Vê-se, portanto, que, naquele momento histórico, o Direito Civil afastou-se dos direitos e garantias fundamentais, cerne de toda e qualquer sociedade verdadeiramente democrática.

Sinal dessa influência pode ser percebido na redação dada ao art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-lei n.º 4.657/42) ao proclamar que “*quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”. Percebemos nitidamente que a legislação atribuía às fontes integradoras do Direito um papel subordinado e em detrimento de sua função conformadora e compreensiva do ordenamento jurídico.

O primeiro passo no sentido da constitucionalização do direito privado surgiu com a intensificação de um outro fenômeno, conhecido como “descodificação do direito civil”, consubstanciado na edição de diversos diplomas normativos em matéria civil, porém na forma de microsistemas jurídicos autônomos: estatuto da mulher casada; da Lei n° 4.591/64, regulando condomínios e incorporações; Lei de registro público entre outros. Consolidou-se, nesse momento, um deslocamento do direito civil de um centro hermeticamente fechado e codificado para uma realidade fragmentada e plural, sem qualquer submissão ao direito codificado.

Muitos inclusive atribuem a inserção de diversos princípios reitores da atividade privada no texto constitucional à percepção de que o Código Civil, concebido como o centro normativo do direito privado estava a ruir. Tentou-se, por essa forma, salvá-lo do caminho da derrocada.

De todo sorte, o mais importante desse processo é perceber que a promulgação da Constituição Federal de 1988 cumpriu papel unificador do sistema, passando ser a viga que sustenta todo o ordenamento jurídico, mesmo o direcionado ao regramento das relações eminentemente privadas.

Hoje, uma vez sedimentada a constitucionalização do Direito Civil, não restam mais dúvidas quanto à aplicação dos direitos e garantias fundamentais mesmo às relações estritamente privadas.

Isso quer dizer que, no âmbito negocial, o respeito às garantias fundamentais é condição de validade do próprio ajuste.

A constitucionalização do direito privado representou a abertura do direito privado à releitura de seus institutos através de conceitos abertos, notadamente através da adoção da técnica de “cláusulas gerais”, amplamente difundida ao longo de todo o texto do Código de 2002. Isso se deve graças à redenção do direito civil pelo direito constitucional, o que se deu através da oxigenação de seus institutos, já inexoravelmente desgastados e corroídos pelo tempo.

Sob essa perspectiva, passamos a compreender o sentido da norma civil a partir das diretrizes estabelecidas pela Constituição que, em última análise, definirá seus contornos e conteúdo.

3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Com previsão expressa no art. 422 do Código Civil, o princípio da boa-fé objetiva é veiculado através da técnica de “cláusula geral”, ou seja, através da técnica legislativa que, propositadamente, veicula o instituto com uma imprecisão semântica, no intuito de fazê-lo veicular de modo mais flexível princípios adaptáveis a uma maior amplitude de situações concretas.

A doutrina, nesse sentido, o concebe o princípio da boa-fé objetiva como a necessidade de ambas as partes contratantes adotarem um padrão de comportamento ético, oxigenado pelas virtudes da honestidade, transparência, de modo a respeitar as legítimas expectativas da outra parte no negócio jurídico. E definida, na feliz concepção de Judith Martins Costa², um “*standard* de comportamento”.

Poder-se-ia argumentar que o modo vago pelo qual foi definido o instituto dificultaria seu entendimento. E bom lembrar, todavia, que a intenção do legislador, ao aplicar a técnica das cláusulas gerais, e justamente conduzir o interprete segundo a diretriz da sociedade, vale dizer, pela colocação das regras jurídicas num plano de vivência social.

A estipulação legislativa da boa-fé objetiva induz o leitor, de modo quase que automático, a contrapô-la a boa-fé subjetiva.

² Cf. COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no direito privado** – sistemática e ótica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 274.

Necessário dizer, todavia, que há relevantes diferenças entre esses institutos.

A boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico do agente em relação ao negócio jurídico. Vale dizer, é um estado anímico que o faz desconhecer eventual vício relacionado ao negócio.

A boa-fé subjetiva tem origem no direito francês, ao passo que a boa-fé objetiva deriva do princípio da confiança do código civil alemão (242, BGB – “TREU UND GLAUBEN”).

O princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC) desempenha três funções no ordenamento jurídico brasileiro:

- a) função interpretativa ou hermenêutica (art. 113, CC);
- b) função integrativa, supletiva ou criadora (art. 422, CC);
- c) função de controle ou limitadora (art. 187, CC).

Considerando, todavia, o objeto específico do presente trabalho, concentraremos nossa abordagem na função de controle da boa-fé objetiva, de modo a compreendê-la sob o enfoque da teoria do abuso do direito.

4 FUNÇÃO DE CONTROLE DA BOA-FÉ OBJETIVA

Hoje, a boa-fé é um dos elementos caracterizadores do abuso do direito. O ato violador da boa-fé caracterizará, por sua vez, um ato ilícito.

Essa é justamente a dicção do art. 187 do Código Civil:

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.

Assim, para se avaliar o abuso do direito, a boa-fé objetiva será, pois, um dos parâmetros a ser observado.

É a partir dessa premissa que surge a função de controle da boa-fé objetiva. Em outras palavras, a função de controle irá limitar o exercício de direitos subjetivos ou potestativos.

Sob o enfoque dessa análise, surgiram várias figuras no direito estrangeiro que gradualmente vem se integrando ao direito pátrio como manifestação da função de controle da boa-fé objetiva.

Podemos citar como principais manifestações a teoria dos atos próprios (*venire contra factum proprium*), o *tu quoque*, o inadimplemento mínimo e o *verwirkung*, gênero do qual são espécies a *suppressio* e a *surrectio*.

Passemos, pois, ao estudo superficial e individualizado de cada uma dessas figuras.

5 FIGURAS DECORRENTES DA FUNÇÃO DE CONTROLE DA BOA-FÉ OBJETIVA

5.1 TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*)

O *venire contra factum proprium* caracteriza-se sempre que ocorrer o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido pelo titular do direito invocado. Nessa hipótese, não restará amparado o direito subjetivo daquele que o invoca de modo contraditório a um comportamento anteriormente adotado.

Uma vez caracterizada essa situação, tem a doutrina e a jurisprudência entendido que há um abuso do direito por parte daquele que age contraditoriamente, já que tal comportamento violaria a boa-fé objetiva (art. 187, CC).

Para uma melhor compreensão da questão, oportuno ressaltar que a matriz constitucional do princípio da boa-fé objetiva está na matriz constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF/88) e, conseqüentemente, na confiança decorrente desse valor constitucional.

Assim, quando se aplica a teoria dos atos próprios, não se quer reprimir a contradição em si, mas sim a quebra da confiança inerente a essa conduta.

Sobre o tema, é lapidar a lição de Anderson Schreiber³ que, em excelente trabalho sobre o tema, assim sintetizou o âmbito de aplicação da figura ora discutida:

³ Cf. SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 96.

De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízos. Mais que a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.

5.2 TU QUOQUE

A designação da teoria “*tu quoque*” tem origem na célebre frase de Júlio César ao ser assassinado: “*Tu quoque, Brute, fili mi*” (traduzido para o português como: “Até tu, Brutus!”).

O *tu quoque* relaciona-se à idéia de que ninguém pode invocar normas jurídicas, após descumpri-las. Exemplo clássico dessa teoria vincula-se à hipótese em que menor, relativamente incapaz, oculta sua pouca idade para driblar a vedação contida no art. 180 do CC e, posteriormente, invoca esse mesmo dispositivo para eximir-se da obrigação contraída.

Nessa hipótese, a alegação de nulidade do negócio jurídico não terá acolhida, posto que violada a norma que lhe era protetiva, descabida será a intenção de, posteriormente, furtar-se à obrigação contraída com base nessa mesma norma.

Tal situação deixa clara a função de controle exercida pela boa-fé objetiva, vez que, ao agir em contrariedade ao dever anexo de informação, não encontrará o mesmo proteção do ordenamento jurídico, já que tal conduta será equiparada a um ato ilícito (art. 187, CC).

5.3 INADIMPLEMENTO MÍNIMO

A jurisprudência, sobretudo a capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça, tem reconhecido a teoria do inadimplemento mínimo como importante forma de manifestação de controle exercido pela boa-fé objetiva.

Por essa construção, quando uma das partes do negócio jurídico estiver inadimplente por parcela mínima de sua prestação, as conseqüências da mora serão relativizadas em função da proporcionalidade do descumprimento da avença, sob pena de restar caracterizado um abuso do direito.

5.4 *VERWIRKUNG (SUPRESSIO/ SURRECTIO)*

A aplicação da *supressio*, primeira espécie da “*verwirkung*”, dar-se-á sempre que presentes os seguintes requisitos em uma situação concreta:

- 1) omissão no exercício de um direito subjetivo ou potestativo;
- 2) que essa omissão ocorra de forma reiterada no tempo.
- 3) que essa omissão crie na outra parte uma legítima expectativa de direito, baseada na boa-fé, de que aquele direito da outra parte não seria mais exercido.
- 4) desproporção entre o benefício auferido pelo titular omissor e o prejuízo da contra-parte.

Nesse sentido, destacamos a seguinte ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça:

CONDOMÍNIO. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *status quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*supressio*).

Recurso conhecido e provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 214680 / SP. Relator : Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Acórdão de 10/08/1999)

A *surrectio*, por sua vez, seria o contraposto da *supressio*, ou seja, ocorrerá sempre que houver um comportamento reiterado que gera para a contraparte um direito subjetivo baseado na confiança.

Verificadas tais hipóteses, a pretensão de exercício do direito restará obstada por violação a boa-fé objetiva. Com efeito, reiterada a conduta omissiva ou comissiva do pretensio titular do direito e, sobretudo, estabelecido um vínculo de confiança entre as partes envolvidas quanto a estabilidade da situação, restringir-se-á a pretensão do credor de modo a não restar malferido o princípio maior da solidariedade.

6 CONCLUSÃO

Como substrato do presente trabalho, verifica-se que o Direito, assim como a sociedade contemporânea, vem passando por uma profunda transformação quanto aos seus parâmetros principiológicos.

A necessidade de tutelar a confiança como um valor jurídico fez nascer a função de controle da boa-fé objetiva. Através dela, pretendeu-se coibir uma gama de atos abusivos. Nesse contexto, surgiram novas figuras jurídicas tendentes a realçar o valor da solidariedade e eticidade.

Por certo, a completa assimilação dos valores dessa renovada teoria não se dará do dia para a noite. O aperfeiçoamento das relações jurídicas, com a consagração e observância plena do valor social da solidariedade e confiança, embora urgentemente desejável, depende ainda do sucesso da incipiente onda difusora desses novos paradigmas.

7 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito dos contratos e dos atos unilaterais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no direito privado – sistemática e ótica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Meridional, 1964.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: Teoria Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MANCEBO, Rafael Chagas. **A função social do contrato**: de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Sérgio. O pagodão do Pagodinho. **VEJA**, São Paulo: Editora Abril, n.º 1846, 24 mar. 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. v. 3.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 23. ed. São Paulo : Saraiva, 1995, v. 3.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade da pessoa humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Antônio Jeová. **Função Social do Contrato**: lesão e imprevisão no CC/2002 e CDC. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito dos Contratos**: seus princípios fundamentais sob a ótica do Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

