

A RELAÇÃO ENTRE O ABUSO DO DIREITO E A BOA-FÉ OBJETIVA¹

THE RELATION BETWEEN THE ABUSE
OF RIGHT AND OBJECTIVE GOOD FAITH

Pedro Modenesi²

Sumário: 1. O abuso do direito. 1.1. Breve panorama histórico das teorias do abuso do direito. 1.2. Distinção entre ato abusivo e ato ilícito *stricto sensu*. 1.3. A presença implícita do abuso do direito no Código Civil de 1916. 1.4. A consagração do instituto no Código Civil de 2002; 1.5. Aplicação da teoria do ato abusivo a prerrogativas distintas do direito subjetivo. 2. O princípio da boa-fé. 2.1. As duas vertentes da boa-fé – conceituação e distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. 2.2. Introdução da boa-fé no direito brasileiro – Códigos Comercial (o pioneiro), Civil de 1916 (o tímido) e de Defesa do Consumidor (o inovador). 2.3. A positivação do princípio da boa-fé no Código Civil de 2002. 2.4. Análise das funções da boa-fé. 2.5. Efeitos da função criadora de deveres anexos – os deveres decorrentes da boa-fé objetiva. 2.6. Efeitos da função limitativa do exercício abusivo de prerrogativas jurídicas: formas de abuso do direito fundamentadas no princípio da boa-fé. 2.6.1. Proibição da duplicidade da conduta contratual – *tu quoque*. 2.6.2. Quebra antecipada do contrato ou inadimplemento antecipado da obrigação – *surrectio*. 2.6.3. Teoria do adimplemento substancial; 2.6.4. Inexigibilidade de um direito pelo seu não exercício – *supressio*. 2.6.5. *Venire contra factum proprium*. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas

RESUMO

Neste trabalho, busca-se explicitar a relação entre os chamados princípios jurídicos do *abuso do direito* e o da *boa-fé objetiva*. Sublinha-se que, na seara contratual, a boa-fé ganha destaque como elemento constitutivo do abuso, ou seja, nas relações contratuais o abuso passa a ser definido pela contrariedade à boa-fé e, mais especificamente, à confiança e à justiça contratuais. Com base nesse critério, cinco formas de abuso do direito são aqui analisadas: *tu quoque*, *surrectio*, *supressio*, *venire contra factum proprium* e a teoria do adimplemento substancial. Adverte-se, todavia, que a boa-fé não é o único parâmetro para aferição do ato abusivo, apesar de constituir um dos principais critérios aptos a configurar a ocorrência de abuso do direito. Como se ressalta, a par da boa-fé objetiva, os demais valores e princípios fundantes do

¹ Artigo recebido em: 07/05/2010; Aceito para a publicação em: 12/06/2010.

² Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado. Endereço: Rua Casuarina, 115/301 – Humaitá. Rio de Janeiro – RJ. CEP 22261-160. Contato: pmodenesi@gmail.com

ordenamento jurídico – via de regra inscritos na tábua axiológica constitucional – conformam os limites a serem observados pelos titulares de prerrogativas individuais.

PALAVRAS CHAVE

Constitucionalização do Direito Civil; abuso do direito; boa-fé objetiva

ABSTRACT

This paper aims to clarify the relationship between two principles of law, namely, *prohibition of abuse of law* and *objective good faith*. Thus, it is stressed that, in the contract area, the principle of good faith gained prominence as a constitutive element of abuse of law, that is, in contractual relations the abuse becomes configured by the contrariety of good faith and, more specifically, trust and contractual fairness. Based on this principle, five forms of abuse of law are analyzed here: *tu quoque*, *surrectio*, *supressio*, *venire contra factum proprium* and the theory of substantial performance. It is advised, however, that good faith is not the only parameter for the recognition of abusive practices, although it constitutes one of the main criteria able to configure the occurrence of the abuse of law. As will be emphasized, along with objective good faith the other values and founding principles of the legal system – usually included in the Constitution – make up the limits to be observed by holders of rights.

KEYWORDS

Constitutionalisation of Civil Law, abuse of law; objective good faith

1 O ABUSO DO DIREITO

1.1 Breve Panorama Histórico das Teorias do Abuso do Direito

A teoria do abuso do direito, segundo majoritária doutrina, não tem origem em Roma, apesar de, no Direito Romano, se constatarem sinais de que o abuso do direito era repellido. A correção dos atos abusivos era feita de forma suficiente pela equidade e pela jurisdição imperial e pretoriana. Não havia, pois, uma construção teórica acerca do abuso do direito.³

Somente no século XIX – na fase inicial da vigência do Código de Napoleão –, passa-se a observar, na França, decisões jurisprudenciais desfavoráveis aos titulares de direitos subjetivos sob o argumento de irregularidades no seu exercício. No entanto, apenas em 1915 a concepção do abuso do direito ganha ampla divulgação a partir de um notório julgado da Corte de Cassação francesa. Esse episódio ficou conhecido como o

³ CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 39.

caso Clement Bayard, nome do proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis que, sem qualquer justificativa, erguera, no seu terreno, torres pontiagudas destinadas a danificar os dirigíveis que sobrevoavam sua propriedade. Ao examinar a matéria, a Corte francesa condenou, por abuso do direito, o proprietário responsável pela construção das torres.⁴

Verifica-se, portanto, que o instituto do abuso do direito surge a partir da prática jurisprudencial francesa durante os séculos XIX e XX, época em que “a ciência jurídica vivia, ainda, sob a ilusão do absolutismo dos direitos subjetivos”.⁵

Todavia, a doutrina não foi unânime no acolhimento da teoria dos atos abusivos. Assim, desenvolveram-se as chamadas teorias negativistas que não admitiam a ideia do abuso do direito. Dentre esses autores, Léon Duguit capitaneou a chamada *doutrina anti-subjetivista*, que afirmava a falsidade, ou melhor, negava a existência do conceito de direito subjetivo e, por conseguinte, não admitia o abuso do direito, pois não se pode abusar daquilo que não existe.

Além de Duguit, Marcel Planiol destacou-se na oposição à nova teoria. Esse autor fundamentava sua tese na contrariedade lógica dos termos “direito” e “abuso”. Para ele abuso do direito era uma logomaquia, i. e., uma expressão contraditória em seus próprios termos. O pilar de sua teoria baseava-se na ideia de que um ato não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao Direito. Sintetizou sua tese na máxima “o direito cessa onde começa o abuso”,⁶ em que se percebe a influência da concepção absolutista dos direitos subjetivos, traduzida na recusa de limites não legais ao exercício de tais direitos.

Seguindo a linha traçada por Planiol, Georges Ripert inaugura a chamada *teoria subjetivista*. Este autor também sofre influência da concepção absolutista dos direitos subjetivos e, por isso, exclui qualquer limitação ao exercício dos direitos subjetivos “que não esteja descrita na própria lei, salvo os limites de origem moral, exatamente porque estes se encontram *fora* do direito, lhes são externos (itálico no original)”.⁷ Desse modo, para Ripert configura-se o abuso do direito quando presente o elemento subjetivo, i.e., a intenção de prejudicar mais a aparência de direito.⁸ De acordo com Rosalice Pinheiro, é a utilização de limites meramente morais que preserva o caráter “absoluto” dos direitos subjetivos, de forma que todo ato abusivo é enquadrado no

⁴ Exemplo presente nos seguintes autores: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. Vol. II. p. 671; CARDOSO, Vladimir Mucury. “O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 65; e CARPENA, Heloísa. “O Abuso do Direito no Código de 2002 – Relativização de Direitos na Ótica Civil-Constitucional”. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 401.

⁵ CARDOSO, op. cit., p. 62.

⁶ PLANIOL, Marcel apud MARTINS, Pedro Baptista. **O Abuso do Direito e o Ato Ilícito**. 3. ed. hist. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 25.

⁷ CARDOSO, op. cit., p. 70.

⁸ Neste sentido: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 87.

âmbito da ilicitude.⁹ Assim, embora Ripert não rechace expressamente a figura do abuso do direito como faz Planiol, “sua tese não deixa de ser negadora da existência do abuso do direito, não o concebendo como teoria autônoma”.¹⁰

A par dessas teorias, foram também elaboradas as chamadas *doutrinas afirmativas*, que deram início ao reconhecimento da existência e da autonomia do abuso do direito. Louis Josserand inaugura a teoria finalista, que constitui uma tese de transição para a identificação do ato abusivo, pois conjuga um critério subjetivo – consistente na investigação do motivo legítimo – e um critério objetivo, revelado a partir da natureza teleológica dos direitos subjetivos, ou seja, da função social ou espírito do direito. Passa-se, então, a admitir uma limitação interna aos direitos subjetivos, que revela a relatividade de tais direitos, não mais admitindo-se seu caráter absoluto.

Todavia, o fato de Josserand não se ter desprendido totalmente do critério subjetivo fez com que sua tese sofresse críticas de autores que procuravam imprimir ao abuso do direito um caráter exclusivamente objetivo. Nessa linha, surge o pensamento de Raymond Saleilles, que considera abusivo o ato “quando há desvio da destinação econômica e social de cada direito” ou por outras palavras: identifica-se o abuso quando há “exercício anormal do direito”.¹¹ A contribuição desse autor, segundo L. Champion, acabou por permitir o alargamento da teoria do abuso do direito.¹²

Formulada com esse novo conteúdo, a teoria do abuso do direito passa a ser bem recepcionada pela doutrina e jurisprudência. E, segundo Vladimir Cardoso, trata-se da concepção adotada pelo art. 188, I, do Código Civil (CC) de 2002, *in verbis*: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.¹³ Texto do qual se pode concluir, *a contrario sensu*, que o exercício irregular ou, na linguagem de Saleilles, *anormal* constitui ato ilícito (*rectius*: abusivo), motivador do dever de indenizar.

Mais recentemente, Ant3nio Castanheira Neves e Fernando Augusto Cunha de Sá traçaram teorias que, utilizando o elemento valorativo do direito subjetivo como critério para aferição do abuso do direito, contribuíram para que, ao final, se viesse a reconhecer a autonomia do abuso do direito frente à noção de ato ilícito.

De acordo com a tese de Castanheira Neves, o abuso configura-se como o ato que obedece à estrutura formal do direito, todavia não observa seu *fundamento axiológico-normativo*. Dessa forma, o direito subjetivo passa a ser “formalmente limitado pela sua estrutura e materialmente limitado pelo seu fundamento”.¹⁴ Estabelece-se, assim, que o

⁹ Ibid. p. 89.

¹⁰ Ibid. p. 89; e CARPENA, **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**, op. cit., p. 48. A autora enquadra a tese de Ripert dentre as teorias afirmativas.

¹¹ PINHEIRO, op. cit., p. 102.

¹² Apud ibid. p. 102.

¹³ CARDOSO, op. cit., p. 74.

¹⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do Direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 453.

direito subjetivo, necessariamente, constitui-se por um fundamento axiológico-normativo.

Por sua vez, Cunha de Sá sustenta que o fundamento axiológico do direito subjetivo é o preciso limite que, se violado, configura o ato abusivo.¹⁵ Assim, rompe-se, definitivamente, com a concepção absolutista do direito subjetivo, já que a construção axiológico-normativa defendida por esse autor substitui o limite externo – entendido como os fins ou a regra moral – por um *limite interno* ao próprio direito subjetivo.

Destarte, para esses autores lusitanos, a essência do abuso do direito consiste no exercício aparentemente lícito de um direito – uma vez que se respeita sua estrutura lógico-formal –, mas que, todavia, viola seu fundamento material-valorativo.¹⁶

A partir dessa formulação doutrinária, retira-se o fundamento para se estabelecer a distinção entre o conceito de ato abusivo e o de ato ilícito *stricto sensu*; é o que se passa a fazer na próxima seção.

1.2 Distinção Entre Ato Abusivo e Ato Ilícito *Stricto Sensu*

A evolução da teoria do abuso do direito permite observar-se que teses como a de Planiol, Ripert e Josserand importam em reduzir o ato abusivo à esfera da ilicitude. Isto por que esses juristas tinham a pretensão de resolver os casos de abuso do direito, que surgiam nos tribunais, sem quebrar a coerência lógica do sistema, moldado pela Exegese e pela Pandectística. Com efeito, inseriam a nova figura no conceito jurídico já disponível no sistema, qual seja, o de ato ilícito.¹⁷

No entanto, como ressalta Cunha de Sá, a redução do abuso do direito ao ato ilícito tem o grave inconveniente de ocultar sua especificidade, que consiste em encobrir com a aparência de direito um ato, o qual se tinha o dever – de natureza axiológica – de não realizar. Continua o autor aduzindo que esta constatação já seria suficiente para legitimar, e até impor, a autonomia do ato abusivo perante o ato ilícito.¹⁸

Com este escopo, a doutrina passa a reconhecer que, tanto o ato abusivo, como o ato ilícito configuram casos de atuação contrária ao direito, ou melhor, ambos situam-se no plano da antijuridicidade. No entanto, isso não quer dizer que esses atos possam confundir-se. Segundo Heloísa Carpena, identifica-se que a distinção entre essas duas espécies de atos se faz com base na natureza da violação a que eles se referem. Cunha de Sá corrobora esse entendimento ao afirmar que o ilícito é “o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de acção ou omissão”.¹⁹ Já o ato abusivo não resulta de uma contrariedade a uma específica proibição normativa, pelo contrário, ele possui a aparência de licitude

¹⁵ Ibid. p. 454.

¹⁶ Ibid. p. 453 et seq.

¹⁷ Cf. PINHEIRO, op. cit., p. 110.

¹⁸ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 469.

¹⁹ Ibid. p. 499.

que todavia se esvai ao se desrespeitarem valores caros ao ordenamento jurídico. Castanheira Neves chega a aludir a uma *ilicitude formal* e uma *ilicitude material*, na qual se inseriria o abuso do direito.²⁰ Assim, conclui-se que a antijuridicidade advém tanto da violação da estrutura lógico-formal do direito, como de seu fundamento material-valorativo.

De forma a simplificar o entendimento pode-se dizer que no ato ilícito *stricto sensu* há subsunção do ato concreto ao preceito legal, pois há violação direta de um comando normativo. Por outro lado, no ato abusivo o sujeito age no exercício de seu direito, mas viola os valores que lhe fundamentam. Como dito anteriormente, *no abuso há a presença da aparência de direito*, fato este que justifica sua singularidade e consequentemente sua autonomia frente ao ato ilícito.

Admite-se, portanto, que a identificação do ato ilícito é mais direta e evidente, pois há uma norma que prevê os limites que não devem ser ultrapassados, ou seja, há um prévio reconhecimento, por parte do ordenamento, daquilo que se quer evitar. Já o ato abusivo é identificado a partir da violação de determinados limites axiológico-normativos como a boa-fé, os bons costumes e a finalidade econômica ou social dos direitos.

Válida se faz a observação de Carpene para quem o ato abusivo situa-se numa zona intermediária entre o permitido e o proibido, identificada pelo professor José Antônio Peres Gediel como “fronteira movediça” entre o lícito e o ilícito.

Dado o exposto, reconhece-se que a doutrina do abuso do direito se encontra em sintonia com a mudança de paradigma operada no ordenamento, a qual se dirige à superação do ideal de completude, tão defendido pelo positivismo jurídico. Admite-se, portanto, que o direito positivo não é capaz de prever de forma exaustiva todas as condutas indesejadas, que devem ser repelidas do ordenamento.²¹ Desta forma, cabe aos princípios e valores jurídicos assumir um maior grau de normatividade, incidindo diretamente nas relações jurídicas, de forma a fazer com que o manto jurídico não deixe de cobrir a citada “zona intermediária”.

No entanto, deve-se registrar que, na doutrina brasileira, há autores para quem o abuso não é uma categoria autônoma e, por isso, não se distingue do ato ilícito. Cita-se Ruy Rosado de Aguiar Júnior que, ao analisar o projeto do atual Código Civil, entendeu que o abuso é também um ato ilícito, pois o direito deixa de existir quando excedido seus limites – aqui entendidos como o fim econômico e social, a boa-fé e os bons costumes.²²

Os autores que negam a distinção do ato abusivo frente ao ato ilícito o fazem com base na identidade de efeitos. Para esses autores tanto um quanto outro ensejam a responsabilidade civil do agente, que impõe o dever de reparação.

²⁰ Apud PINHEIRO, op. cit., p. 116.

²¹ Cf. CARPENA, “O Abuso do Direito”, op. cit., p. 407.

²² Apud PINHEIRO, op. cit., p. 307.

Todavia, Cunha de Sá aduz ser necessário reconhecer a “variabilidade da sanção do acto abusivo”, ou seja, a sanção do ato abusivo é variável e deve ser determinada de acordo com o caso concreto. “Assim, umas vezes haverá lugar à *reparação natural*, nomeadamente através da remoção do que se fez com abuso do direito (...); outras vezes, será apenas admissível a indenização pecuniária” (grifou-se).²³ Cita-se, como exemplo de reparação natural, a demolição de uma construção realizada no caso de mau uso da propriedade, verificado nas relações de vizinhança.²⁴

Conclui-se, pois, que a sanção devida ao ato abusivo não se restringe à obrigação de indenizar os danos causados, mas sua determinação deverá ser feita em função e de acordo com a natureza da violação cometida.

1.3 A Presença Implícita do Abuso do Direito no Código Civil de 1916

O diploma civil de 1916 não previa, expressamente, a figura do abuso do direito. Havia uma referência no art. 160, I, ao exercício regular de um direito como hipótese em que o prejuízo causado a outrem não era indenizável. *In verbis*: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no *exercício regular* de um direito reconhecido” (grifou-se). Da redação do dispositivo, extraía-se, a *contrario sensu*, que o *exercício irregular* de um direito era ilícito e, por conseguinte, gerador do dever de indenizar.

Assim, a nova teoria teve uma entrada tímida no ordenamento jurídico brasileiro. De qualquer modo, segundo Pedro Baptista Martins, a previsão constante do referido artigo representou uma inovação ao ordenamento pátrio, em que não se encontravam, “além da lide temerária, outros vestígios da doutrina do abuso de direito”.²⁵ Note-se que a norma em questão não fazia referência ao elemento ético, relacionando o ato abusivo a critério puramente objetivo, qual seja, o uso anormal ou irregular de um direito. Daí que, segundo Baptista Martins, a investigação acerca da intenção do agente deve ser relegada à psicologia. Cita-se Clovis Bevilacqua que, com a autoridade de autor do projeto do Código Civil de 1916, conclui pela assimilação da doutrina eleita pelo código à concepção finalista desenvolvida por Jossierand e Saleilles, segundo a qual resta configurado objetivamente o abuso sempre que não observados os fins econômicos e sociais do direito.²⁶

Não obstante o Código Civil, ora revogado, tenha delineado a teoria do abuso do direito sobre bases objetivas, observa-se que tribunais pátrios continuaram a caracterizar o abuso do direito com base na intenção de prejudicar, ou seja, persistiram em fazer uso do elemento ético ou subjetivo. É o que se comprova, por exemplo, a partir de trechos da ementa de um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferido no ano de 1996 na apelação cível no. 1996.001.04882:

²³ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 647.

²⁴ Exemplo presente em PINHEIRO, op. cit., p. 122.

²⁵ MARTINS, op. cit., p. 92.

²⁶ Apud *ibid.* p. 95-96.

“Abuso de direito do contratante construtor, apurado por prova pericial, a merecer sanção civil. (...) O *elemento caracterizador do abuso do direito* repousa na *intenção de prejudicar*. (...) Se alguém prejudica a outrem, no exercitar o seu direito, fica adstrito a reparar o dano, desde que anormal ou não regular o seu proceder” (grifou-se).²⁷

1.4 A Consagração do Instituto no Código Civil de 2002

Antes de se analisar a consagração da teoria do abuso do direito no art. 187 do Código Civil de 2002, vale registrar que o art. 160, I, do CC de 1916 é reproduzido, *ipsis litteris*, no art. 188, I, do atual diploma civil, *in verbis*: “Não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Percebe-se, assim, que a concepção de abuso, desenvolvida por Josserand e aprimorada por Saleilles – definindo-o como o exercício anormal de um direito, i. e., com desvio de seus fins econômicos ou sociais –, permanece até os dias de hoje como um dos possíveis critérios de identificação do ato abusivo.²⁸

Não obstante a previsão supracitada, o legislador do código de 2002 foi além, inovando, ao consagrar a teoria do abuso do direito nos seguintes termos: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”. Como se vê, o legislador ampliou, de modo significativo, o âmbito de incidência da teoria do abuso, ao estabelecer os critérios da boa-fé, dos bons costumes e dos fins econômico e social como parâmetros de aferição do ato abusivo. Certamente, essa inovação teve por base o Código Civil português, mais precisamente o art. 334, que dispõe: “*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 econômico desse direito” (grifou-se).

A diferença observada entre esses dois dispositivos diz respeito à referência ora ao *ato ilícito*, por parte do código pátrio, ora ao *ato ilegítimo*, por parte do código lusitano. Com relação à nomenclatura eleita por Portugal, de acordo com Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “não há consenso por parte da doutrina quanto ao seu significado, apresentando-se como sinônimo de antijurídico ou ilicitude”.²⁹

Já no tocante à doutrina pátria, entende-se – de acordo com a concepção mais moderna do abuso do direito – que o legislador de 2002 não foi feliz ao definir o abuso do direito como espécie de ato ilícito.³⁰ Nessa perspectiva, também critica-se o enquadramento do instituto no Título III do Capítulo V do Livro III, que dispõe acerca

²⁷ TJRJ, ApC no. 1996.001.04882, 6ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Ronald Valladares, julg. em 26.11.1996.

²⁸ Cf. CARDOSO, op. cit., p. 74.

²⁹ Apud PINHEIRO, op. cit., p. 307.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. et. al. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 342.

dos atos ilícitos. Entende-se que a opção legislativa acaba por confundir as duas espécies de antijuridicidade, quais sejam: o ilícito e o abusivo. Conforme exposto na seção 1.2, o abuso apesar de configurar-se como atuação contrária ao direito, isto é, atuação antijurídica, não necessariamente configura-se como atuação ilícita, ou seja, vedada por lei ou norma explícita no ordenamento jurídico.³¹

Em vista disso, deve-se utilizar os critérios delineados no próprio *caput* do artigo 187 do CC e buscar-se a aferição de abusividade no exercício de um direito ou prerrogativa jurídica subjetiva de forma exclusivamente objetiva, ou seja, deve-se “depende tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional”. Dessa forma, a referência à ilicitude, constante do artigo em análise, deve ser interpretada como uma referência à ilicitude *lato sensu*, ou melhor, à antijuridicidade, no sentido de contrariedade ao direito, ao ordenamento como um todo.³²

Ademais, Coutinho de Abreu ressalva que a palavra “exercício”, encontrada no dispositivo português, apesar de conotar algo de ativo, deve ser entendida como o assumir de um comportamento, podendo ser considerada abusiva tanto a ação como a omissão. Aduz, ainda, que a palavra “direito” deve ser compreendida em sentido amplo, não se limitando aos direitos subjetivos, mas abarcando também qualquer prerrogativa jurídica subjetiva, como os poderes, as faculdades, as liberdades.³³

1.5 Aplicação da Teoria do Ato Abusivo a Prerrogativas Distintas do Direito Subjetivo

Como visto no final da seção anterior, há entendimento no sentido da aplicabilidade da teoria do abuso a prerrogativas jurídicas distintas do direito subjetivo. Analisar-se-á, nesta seção, a contribuição de alguns autores que defendem essa aplicação fora do direito subjetivo, sintetizando-se os diferentes argumentos utilizados para justificar o aumento do âmbito de incidência da teoria em tela.

Para Vladimir Cardoso, a aplicação da teoria fora dos contornos do direito subjetivo explica-se com base na visão civil-constitucional do abuso. Para o autor, os princípios constitucionais espraiam-se por todo o ordenamento jurídico, “de forma que não se poderia admitir que estivessem os direitos subjetivos por eles condicionados e não as demais prerrogativas jurídicas”.³⁴ Esse entendimento encontra apoio na doutrina formulada por Cunha de Sá, para quem o alargamento da teoria a qualquer prerrogativa privada é justificável em vista de, em qualquer delas, ser possível “um exercício activo ou negativo em contradição com o concreto valor que materialmente a funda”.³⁵

³¹ NORONHA, Fernando apud PINHEIRO, op. cit., p. 307-308.

³² Neste ponto procurou-se reproduzir o que consta, muito bem exposto, em: TEPEDINO, Gustavo. et. al, loc.cit.

³³ Apud PINHEIRO, op. cit., p. 308.

³⁴ CARDOSO, op. cit., p. 91.

³⁵ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 588-589.

Percebe-se que, para esses autores, a interpretação da regra que dispõe sobre o abuso do direito não se limita aos critérios estabelecidos de forma expressa pelo legislador. Ela vai além e busca os demais valores reconhecidos pelo ordenamento que, via de regra, estão estabelecidos na constituição. Assim, pode-se afirmar que, de acordo com essa concepção, considera-se que o rol de critérios interpretativos constante tanto do art. 187 do Código Civil brasileiro, como do art. 334 do código lusitano, não é exaustivo, podendo-se até dizer que é meramente exemplificativo, em vista dos demais critérios espalhados por todo o ordenamento jurídico.

Já para António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, o alargamento do âmbito de incidência da teoria se dá em virtude da ligação que se faz entre o instituto do abuso do direito e o princípio da boa-fé. Este é considerado o fator que possibilita verdadeira exterioridade ao ato abusivo e, sobretudo, o que possibilita sua autonomia em relação ao direito subjetivo. Em vista dessas características, o autor chega a afirmar que “a boa-fé traduz, por excelência, a capacidade expansiva do sistema”.³⁶ Assim, garante-se aplicação da teoria do abuso a situações que não se enquadram nos moldes próprios do direito subjetivo como poderes, faculdades, liberdades e outras posições jurídicas.

Em vista do alargamento operado pelo princípio da boa-fé, Menezes Cordeiro propõe uma nomenclatura alternativa ao abuso do direito, qual seja: “exercício inadmissível de posições jurídicas”. Dessa forma, destaca-se o papel desempenhado pela boa-fé que possui, segundo Cordeiro, vocação específica para intervir em situações que relacionem duas ou mais pessoas como, por exemplo, as relações obrigacionais e contratuais. Conclui, ainda, erigindo o princípio da boa-fé como o mais importante critério para identificação do abuso – ou, na terminologia do autor, da inadmissibilidade de qualquer posição jurídica. Suas próprias palavras não deixam dúvidas quanto a isso: “O essencial do exercício inadmissível de posições jurídicas é dado pela boa fé; aos bons costumes e à função social e económica dos direitos, incluídos no art. 334º, cabe um papel diferente”.³⁷

Nessa perspectiva, afirma-se que a teoria de Cordeiro possibilita um maior alcance ao abuso do direito que passa, assim, a ser aplicado a uma série de prerrogativas individuais que não se encaixam no conceito de direito subjetivo. Podendo, igualmente, limitar tanto o exercício da liberdade de contratar – “faculdade de livremente realizar contratos ou recusar sua celebração, no dizer de Mota Pinto –, quanto da liberdade contratual em sentido estrito, ou seja, da “liberdade de modelação do conteúdo contratual”, como ensina Almeida Costa.³⁸ Como exemplo, cita-se a limitação ao exercício de direitos potestativos, como o de resolução do contrato.³⁹

Não obstante Menezes Cordeiro defenda que sua teoria – essencialmente fundada no princípio da boa-fé – possibilite o alargamento do âmbito de incidência do abuso,

³⁶ CORDEIRO, op. cit., p. 901.

³⁷ CORDEIRO, loc.cit.

³⁸ Apud PINHEIRO, op. cit., p. 184.

³⁹ PINHEIRO, op. cit., p. 132.

percebe-se que essa ligação exclusiva entre abuso e boa-fé acaba por restringir sua incidência às hipóteses de violação deste critério de aferição.

Como visto anteriormente, é sabido que o abuso pode se configurar em situações que independem da violação ao princípio da boa-fé. Este critério para aferição é apenas um dentre os vários valores que fundamentam o ordenamento jurídico. Desse modo, o abuso se verificará não apenas quando se viole a boa-fé, mas sempre que houver desrespeito ao fundamento axiológico da prerrogativa jurídica em questão, como a função social do contrato e da propriedade, os valores da livre iniciativa, a dignidade da pessoa humana, entre outros.⁴⁰

Dada a análise da correlação feita por Cordeiro, entre o abuso do direito e o princípio da boa-fé, conclui-se que este último realmente desempenha papel fundamental para aferição dos atos abusivos, no tocante às relações contratuais. Esse entendimento tem apoio legal no art. 187 do Código Civil, que se configura como o *locus* de encontro entre o abuso do direito e a boa-fé objetiva. Dessa forma, sempre que houver desrespeito ao princípio da boa-fé, restará configurado o ato abusivo. A estreita relação estabelecida entre o abuso do direito e a boa-fé será objeto das próximas páginas, nas quais se aprofundará o estudo sobre esse fundamental princípio que rege as relações contratuais.

2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

2.1 As Duas Vertentes da Boa-Fé – Conceituação e Distinção Entre a Boa-Fé Subjetiva E a Boa-Fé Objetiva

A boa-fé, ao contrário do abuso do direito, tem origem no direito romano. Menezes Cordeiro assegura que a *fides* romana constitui a base linguística e conceitual da boa-fé. Afirma, também, que o conhecimento da natureza primitiva e histórica desse princípio tem um interesse insofismável, porém reconhece que é tema árduo e ingrato.⁴¹ Some-se a isso o fato de que foge do escopo do presente trabalho incursionar pelo direito romano. Dessa maneira, inicia-se esta seção partindo-se da concepção dualista da

⁴⁰ Cf. CARDOSO, op. cit., p. 92, que critica a tese de Menezes Cordeiro, especialmente, em virtude da conexão exagerada entre o abuso e a boa-fé. A propósito, ver, também, CARPENA, Abuso do direito, cit., p. 120. A autora utiliza um exemplo de contrato de assistência médica para esclarecer este ponto, *in verbis*: “Haverá situações em que os valores vulnerados não serão referidos a deveres de correção e lealdade, conteúdo da boa-fé. Tome-se como exemplo hipotético contrato de assistência médica que contivesse cláusula obrigando o consumidor a se submeter periodicamente a exames de saúde, a fim de que a empresa pudesse realizar uma espécie de monitoramento em relação ao risco do contrato. Tal disposição não contraria a boa-fé, porém certamente desrespeita valores reportados à dignidade da pessoa humana, podendo ser declarada nula somente se adotada a noção mais abrangente de abusividade que aqui se sustenta”. Exemplo presente também em: CARDOSO, op. cit., p. 93.

⁴¹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. Vol. I. p. 53.

boa-fé – presente desde a Modernidade (século XIX) –, segundo a qual esse instituto se expressa sob duas vertentes.

Em primeiro lugar, tem-se a vertente subjetiva, na qual a boa-fé é entendida como um “estado interior ou psicológico relativo ao conhecimento, ou desconhecimento, e à intenção ou falta de intenção, de alguém”.⁴² Alguns autores, como Jorge Cesa Ferreira da Silva, relacionam essa concepção da boa-fé com o estado anímico do sujeito.⁴³ Tal entendimento tem previsão em algumas hipóteses legais de nosso atual diploma civil, como por exemplo: o casamento putativo (art. 1.561, CC), a conceituação da posse de boa-fé (arts. 1.201 e 1.202, CC) e a boa-fé como requisito para a configuração da usucapião (arts. 1.242 e 1.260, CC).

Bruno Lewicki, em seu *Panorama da boa fé objetiva*, lembra lição de Fernando Noronha, na qual este aponta Alípio Silveira como introdutor, no Brasil, de uma conceituação da *boa-fé subjetiva* como *boa-fé crença*, justamente por configurar a fusão entre o conceito de crença interna do sujeito com a noção de boa-fé subjetiva.⁴⁴

Por outro lado, a vertente objetiva da boa-fé apresenta-a, de acordo com Miguel Reale, como um modelo de conduta⁴⁵ que irá “exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional”.⁴⁶

Nessa acepção, a boa-fé é visualizada como um modelo de comportamento juridicamente exigível, cujo conteúdo não pode, todavia, ser rigidamente fixado ou pré-determinado, dependendo sempre das circunstâncias do caso concreto.

Segundo Teresa Negreiros, “a boa-fé objetiva distancia-se da noção subjetiva, pois consiste num *dever de conduta contratual ativo, e não em um estado psicológico experimentado pela pessoa do contratante (grifou-se)*”.⁴⁷ Percebe-se, então, que para a configuração da boa-fé objetiva pouco importa o elemento volitivo ou subjetivo das partes.

Novamente de acordo com Bruno Lewicki⁴⁸, Alípio Silveira propõe o conceito de *boa-fé objetiva* ou *boa-fé lealdade* como aquele que configura justamente o reverso, o

⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **A boa fé na formação dos contratos**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 3, set/dez. 1992. p. 79.

⁴³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. “Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 117.

⁴⁴ LEWICKI, Bruno. *Panorama da boa-fé objetiva*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 57.

⁴⁵ REALE, Miguel. **Boa-fé no código civil**. 2003. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2543. Acesso em: 25 abr. 2008.

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. “A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil”. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32.

⁴⁷ NEGREIROS, Teresa. “O princípio da boa-fé contratual”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 227.

⁴⁸ LEWICKI, op. cit., p. 57.

contraponto da noção de boa-fé subjetiva ou boa-fé crença, pois a vertente objetiva traça justamente diretrizes de conduta que seriam inescusáveis ao *homo médio*, independentemente de seu estado de conhecimento ou ignorância.

Para sedimentar essas ideias, vale citar um critério de distinção entre as duas vertentes da boa-fé sugerido por Teresa Negreiros: a antítese boa-fé/má-fé. Ressalta a autora que à boa-fé subjetiva se contrapõe a má-fé. Porém, tal contraposição não se verifica em relação à boa-fé objetiva: a não verificação de boa-fé objetiva não necessariamente implica numa conduta intencionalmente lesiva à outra parte.⁴⁹ Ou seja, como bem sintetizado por Judith Martins-Costa, “antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem”.⁵⁰

2.2 Introdução da Boa-Fé no Direito Brasileiro – Códigos Comercial (O Pioneiro), Civil de 1916 (O Tímido) e de Defesa do Consumidor (O Inovador)

O Código Comercial de 1850, revogado parcialmente pelo novo Código Civil, foi o primeiro diploma legal a fazer uma previsão expressa da boa-fé. No art. 131, I, do referido código, o legislador estabeleceu certas bases de interpretação dos contratos firmados sob sua égide, dentre elas a boa-fé. Eis a referida norma *in verbis*:

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 a boa fé*, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras (...) (grifou-se).

Esse pioneirismo deve-se ao fato de que cedo os homens do comércio perceberam que a conduta ética e leal era essencial para a criação e o desenvolvimento das empresas. Segundo Tavares Borba, “o gosto pela aventura e a vocação para o lucro não inibiram, antes acentuaram, a convicção do mercador, de que somente a palavra empenhada e a lisura no relacionamento propiciavam a formação de um ambiente favorável a proliferação dos negócios”.⁵¹

O Código Civil de 1916 fazia uso da acepção subjetiva da boa-fé, como definida anteriormente, i. e., no sentido de um estado de crença (ou anímico) do sujeito. Como exemplo, tem-se o art. 490, que trata do possuidor de boa-fé, definindo-o como aquele que tendo a posse de um bem, “ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído”.

⁴⁹ NEGREIROS, “O princípio da boa-fé contratual”, cit., p. 227.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

⁵¹ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Temas de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 251.

Além desse exemplo, tem-se, entre outros, o art. 551 que dispõe sobre a usucapião de bem imóvel, estabelecendo a boa-fé subjetiva como requisito para aquisição do domínio do imóvel.

Da leitura do código, percebe-se que o legislador do diploma civil de 1916 foi acometido de certa timidez e não consagrou, expressamente, o princípio da boa-fé objetiva, assim como também não determinou qualquer outra limitação à liberdade de contratar.

Assim, no anterior Código Civil, o instituto da boa-fé era previsto apenas em sua vertente subjetiva. Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber lembram que apesar de, até então, não haver previsão legislativa no CC, a concepção objetiva de boa-fé já era defendida no âmbito doutrinário pelo civilista Clóvis V. do Couto e Silva: “(...) a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam”.⁵²

Foi o diploma consumerista que estabeleceu, de forma inovadora, a posituação do princípio da boa-fé objetiva no âmbito das relações de consumo. Mais precisamente seu art. 4º, *in verbis*:

Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo *tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores*, o respeito a 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* (grifou-se).

O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) também utiliza o critério de boa-fé objetiva para declarar nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações incompatíveis com a boa-fé. *In verbis*:

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 equidade* (grifou-se).

⁵² TEPEDINO e SCHREIBER, op. cit., p. 32.

Com tal normatização, o CDC conseguiu tornar presente a cláusula-geral de boa-fé em todas as relações jurídicas de consumo, mesmo que ela não esteja prevista expressamente no contrato.

Após essa inovação realizada pela legislação consumerista, apenas em 2003 – com a entrada em vigor do novo Código Civil – é que a concepção objetiva da boa-fé “passa a usufruir do *status* de um princípio fundante do regime *geral* de todos os contratos, indistintamente, paritários ou não”.⁵³

2.3 A Positivização do Princípio da Boa-Fé no Código Civil de 2002

Ao contrário do CDC, o novo Código Civil não restringe a aplicação do princípio da boa-fé objetiva à seara das relações contratuais de consumo. O novo diploma ampliou seu escopo de aplicação, passando a prever sua incidência em todas as relações contratuais comuns, independentemente da verificação de uma relação de consumo ou da vulnerabilidade de uma das partes.

A consagração do princípio da boa-fé no Código Civil de 2002 se deu por intermédio do art. 422. Este prevê que as relações contratuais se devem pautar pela lealdade e pela confiança – critérios objetivos de conduta – e não devem se reger apenas pelos princípios norteadores do paradigma do Estado Liberal, quais sejam: autonomia e liberdade. Pode-se verificar isso da leitura do próprio dispositivo: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (grifou-se)*”.

A consagração não se deu apenas nesse artigo. Ela também se verifica no, tantas vezes citado, art. 187 que utiliza o conceito de boa-fé, entre outros, como parâmetro para a aferição do abuso do direito.⁵⁴ Pode-se até dizer, seguindo o já citado entendimento de Menezes Cordeiro, que esse artigo consagra a boa-fé objetiva como o mais relevante critério para a aferição do abuso, no que diz respeito às relações contratuais.

Ademais, no art. 113 – que se encontra inserido no capítulo I que trata das disposições gerais do negócio jurídico – consagra a boa-fé como critério interpretativo dos negócios jurídicos. Com efeito, o *caput* desse artigo preceitua: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Como pode-se verificar, o princípio da boa-fé objetiva foi, definitivamente, consagrado e inserido no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, atualmente, não mais se pode admitir a fuga de sua observação, tanto por parte dos integrantes de relações contratuais, quanto por parte dos juízes que são os responsáveis pela verdadeira consagração desse princípio, tão caro a expressiva parcela dos doutrinadores pátrios.⁵⁵

⁵³ NEGREIROS, “O princípio da boa fé contratual”, cit., p. 222-223.

⁵⁴ O art. 187 do Código Civil dispõe que: “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”.

⁵⁵ É válida a constatação de Teresa Negreiros com relação a não observação da boa fé tanto na esfera dos negócios particulares, como na esfera pública. Ressalva, ainda, que “Fato é que ao direito, como regra,

2.4 Análise das Funções da Boa-Fé

No que se refere às funções da boa-fé, a doutrina brasileira adota amplamente uma classificação que é originária da doutrina alemã, mais especificamente de Franz Wieacker.⁵⁶ Essa classificação tem, além de seu valor doutrinário, um valor prático, que é tentar definir ou limitar a aplicação da boa-fé, para que essa não seja utilizada como uma panaceia. A partir dessa classificação, tem-se o entendimento de que a boa-fé possui uma tríplice função, composta da seguinte maneira: (i) função de cânone hermenêutico e integrativo do contrato; (ii) função limitativa do exercício abusivo de prerrogativas jurídicas; e (iii) função criadora de deveres anexos ou instrumentais da prestação principal⁵⁷ –deveres esses que receberão especial atenção na próxima seção.

Cabe, desde logo, ressaltar que a função hermênico-integrativa foi, como já se disse anteriormente, preceituada no novo Código Civil, em seu art. 113.

De acordo com essa função, espera-se que a interpretação das cláusulas contratuais seja feita sempre de modo a assegurar uma leal e honesta relação contratual. Fica proibida, portanto, qualquer interpretação tendente a prejudicar uma das partes em benefício exclusivo da outra. Funcionaria a boa-fé, também, como um instrumento hábil ao preenchimento de lacunas, visto que as relações contratuais compõem-se de eventos fático-jurídicos, que nem sempre podem ser plenamente previstos pelas partes contratantes.⁵⁸

Vale ressaltar, nesse ponto, a importante observação feita, por Judith Martins-Costa (a partir de um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), de que em casos de dúvida – quanto ao entendimento ou interpretação de cláusula estipulada exclusivamente por uma das partes –, “a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a redigiu”. Fundamenta-se esse entendimento na regra *in dubio contra stipulatorem* que, segundo o magistrado gaúcho, ganha especial importância nos dias de hoje devida à ampla e difundida utilização de contratos padronizados e de adesão.⁵⁹

Cabe, ainda, dizer que essa função, de certa forma, confere aos magistrados um certo espaço para decidirem o conflito de acordo com as circunstâncias do caso

é irrelevante o que as pessoas sentem”. Assinala, ainda, que tem muito mais relevância o aspecto objetivo e exterior da conduta humana, bem como seus reflexos sociais. Em vista disso, conclui a autora, se torna imperioso fazer com que desonestos e desleais ajam como se não o fossem, mesmo que tal objetivo somente seja alcançado por um aparato coercitivo capaz de ameaçá-los por intermédio de uma possível sanção. (NEGREIROS, “O princípio da boa fé contratual”, cit., p. 222).

⁵⁶ O autor alemão é citado em: TEPEDINO e SCHREIBER, op. cit., p. 35.

⁵⁷ Judith Martins-Costa afirma que o CDC em seu art. 4º acolheu, incontroversamente, essa tríplice função. Diz ainda que foi além, pois – ao conjugar a conduta segundo a boa fé com o equilíbrio das posições do polo fornecedor e do polo consumidor – , agregou-lhe, ainda, a *função corretora do desequilíbrio contratual*. (MARTINS-COSTA, Judith. “Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: a Boa-Fé nas Relações de Consumo”. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. p. 640).

⁵⁸ Cf. MARTINS-COSTA, **A Boa-Fé no Direito Privado**, cit., p. 428.

⁵⁹ Id. “Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa fé nas relações de consumo”. cit., p. 656.

concreto, levando-se em conta os usos, costumes e os *standards* de comportamento exigíveis para aquela determinada relação jurídica.

A par da função hermenêutico-integrativa, tem-se a função limitativa ao exercício abusivo de prerrogativas jurídicas, dentre as quais, os direitos contratuais ganham destaque. Essa função, também, possui previsão legal no diploma civil vigente que, no art. 187, positiva como ilicitude, ou melhor, *abusividade* o desrespeito aos critérios da boa-fé, da finalidade econômica e social e dos bons costumes.

Enfatize-se que essa função tem como primordial objetivo rechaçar qualquer conduta, por parte de um integrante de uma relação contratual, que contrarie os critérios objetivos de agir com lealdade e correção. Lembrando aqui que, “a abusividade contratual é a marca mais flamante do desequilíbrio, da desatenção aos interesses alheios, da ausência de solidariedade social”.⁶⁰ Ver-se-á mais adiante que, com base nessa função, se desenvolve a chamada *teoria dos atos próprios*.

Por último, tem-se a função criadora de deveres jurídicos anexos à prestação principal que, como será demonstrado a seguir, podem pré-existir à conclusão do contrato, bem como sobreviver à sua extinção.⁶¹

Essa função, apesar de não estar prevista expressamente no novo Código Civil, pode ser perfeitamente depreendida do art. 422, que preceitua que os contratantes são obrigados a observar, tanto na conclusão, como na execução do contrato, os princípios de probidade e boa-fé.

Tais deveres, exatamente por serem anexos ou instrumentais, muitas vezes não vêm previstos no contrato, fato este que não impede em nada sejam eles devidamente observados pelas partes contratantes, pois resultam necessários para o alcance do fim contratual.⁶²

Antes de passar à análise dos deveres decorrentes da boa-fé, é oportuno concluir com o ensinamento de Teresa Negreiros, segundo a qual tais funções nunca são postas em prática de forma isolada; pelo contrário, elas se complementam e, por isso mesmo, muitas vezes não se consegue definir em que função a boa-fé está sendo invocada. O que, normalmente, se observa são casos limítrofes em que se conjugam duas ou mais funções da boa-fé objetiva.⁶³

2.5 Efeitos da Função Criadora de Deveres Anexos – Os Deveres Decorrentes da Boa-Fé Objetiva

Primeiramente, podem-se compreender os deveres anexos da boa-fé como aqueles que decorrem do vínculo obrigacional, porém não possuem por escopo direto a

⁶⁰ Ibid. p. 652.

⁶¹ NEGREIROS, “O princípio da boa fé contratual”, cit., p. 223.

⁶² MARTINS-COSTA, **A Boa-Fé no Direito Privado**, cit., p. 442.

⁶³ NEGREIROS, “O Princípio da Boa-Fé Contratual”, cit., p. 232.

realização da prestação principal.⁶⁴ Eles também são chamados de deveres instrumentais, justamente pela característica de servirem como meio ou instrumento para o alcance do fim contratual – o adimplemento da prestação.

Judith Martins-Costa, em sua já consagrada obra *A boa fé no direito privado*, refere-se a sete principais deveres criados pela incidência da boa-fé objetiva. São eles: (i) “deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito”; (ii) *deveres de aviso e esclarecimento*; (iii) *deveres de informação*, de grande relevância nas relações contratuais de consumo; (iv) *dever de prestar contas*, que normalmente se verifica nas relações com gestores ou mandatários; (v) “*deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; (vi) *deveres de proteção e cuidado* com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, v. g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; e (vii) *deveres de omissão e de segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares”.⁶⁵

De forma distinta entende Jorge Cesar Ferreira da Silva que os classifica em três grandes grupos, de acordo com suas principais funções.⁶⁶ Seguindo essa linha, ter-se-iam: *deveres de proteção*, *deveres de cooperação*, e *deveres de informação e esclarecimento*.

Vale sublinhar que tais deveres se dirigem a ambos os participantes da relação contratual: credor e devedor. Como já se disse, não são orientados diretamente ao cumprimento da obrigação principal, mas referem-se à satisfação dos interesses globais envolvidos, ou seja, desempenham uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte.⁶⁷

São mais facilmente compreendidos a partir da visualização da relação obrigacional sob o ângulo da totalidade e numa perspectiva processual (cf. Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como um processo*).⁶⁸ Essa perspectiva é muito bem ilustrada por Vera Maria Jacob de Fradera:

O ponto de partida para a compreensão do dever anexo ou secundário é analisar a relação jurídica vista como uma “totalidade” e o vínculo jurídico que une os participantes da relação entre si, como “ordem de cooperação”, de que resulta uma unidade. Assim visualizada a relação obrigacional, credor e devedor deixam de ser antagonistas para se volverem em colaboradores na

⁶⁴ Cf. SILVA, op. cit., p. 119-120.

⁶⁵ MARTINS-COSTA, *A Boa-Fé no Direito Privado*, cit., p. 439.

⁶⁶ SILVA, op. cit., p. 120.

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. cit., p. 439-440.

⁶⁸ Ibid. p. 445.

consecução do adimplemento, fim que polariza as atividades de ambos os sujeitos da relação.⁶⁹

Importante se afigura, também, ressaltar o âmbito temporal de existência desses deveres. De acordo com a doutrina majoritária, entende-se que eles devem ser observados na fase pré-contratual, ou seja, durante as tratativas acerca dos deveres de prestação; durante a própria execução dos deveres principais, por óbvio, e após a extinção da obrigação principal, sendo caracterizada, nesse caso, como *culpa post pactum finitum*.

Aqui vale trazer o Enunciado nº 170, da III Jornada do Conselho da Justiça Federal, evento patrocinado pelo STJ e constituído por vários civilistas, que tem por escopo tentar unificar entendimentos do Direito Civil. *In verbis*: “Enunciado 170 – CJF – Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

Esses deveres traduzem o que se chama de responsabilidade pré-contratual e pós-contratual. Esse entendimento não é apenas doutrinário, muito menos romântico – como alguns doutrinadores costumam dizer –, pelo contrário, sua influência tem sido sentida em nossos tribunais, com destaque para o vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como se pode comprovar da seguinte ementa dele emanada:

Responsabilidade pré-contratual ou culpa *in contrahendo*. Tendo havido tratativas sérias referentes à locação de imóvel, rompidas pela requerida sem justificativa e sem observância dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, cabe indenização.⁷⁰

No entanto, tem lugar aqui importantíssima ressalva de Antonio Junqueira de Azevedo no sentido de que só há possibilidade de se obter indenização nos casos de ruptura das tratativas ou negociações preliminares se, e somente se, restar-se comprovada a prática do ato ilícito, por meio de comportamento desleal ou abusivo. Ou seja, fora das hipóteses de ato ilícito, a ruptura ou o arrependimento são absolutamente livres, haja vista que isto faz parte do mundo dos negócios. Portanto, se a ruptura se der sem a presença do elemento culpa, entende-se que não há qualquer responsabilidade pelos possíveis danos causados à outra parte.⁷¹

Por fim, deve-se citar Judith Martins-Costa, quando alude ao caráter “proteifórmico e transformista” dos deveres anexos. Tais deveres não constituem elementos da relação contratual existentes *ab initio* e enquadrados num quadro fechado, com conteúdo fixo. Sua concretização se dá, sempre, de acordo com a existência, ou não, de determinados pressupostos, verificáveis apenas no caso concreto, os quais, “à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia”. Sua medida de intensidade também é

⁶⁹ Apud *ibid.* p. 453.

⁷⁰ TJRS, Ap. Cível. 598209179, 10ª C. Civ., Rel. Desembargadora Helena Cunha Vieira, citada e comentada por MARTINS-COSTA, “Mercado e solidariedade social”, cit., p. 635.

⁷¹ Entendimento presente em: AZEVEDO, “A boa-fé na formação dos contratos”, cit., p. 80.

determinada conforme as circunstâncias do caso e a finalidade contratual.⁷² O professor lusitano Carlos Alberto da Motta Pinto esclarece:

Daí que contratos, originando créditos e débitos perfeitamente iguais, possam gerar relações contratuais diversas: basta pensar numa venda de um objeto por certo preço a um leigo na sua utilização e na venda do mesmo objeto pelo mesmo preço a um conhecedor, com o surgimento, no primeiro caso, de deveres de esclarecimento e informação, eventualmente conducentes a um dever de indenizar.⁷³

Analisados os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, passa-se ao estudo dos efeitos da função limitativa de prerrogativas jurídicas individuais.

2.6 Efeitos da Função Limitativa do Exercício Abusivo de Prerrogativas Jurídicas: Formas de Abuso do Direito Fundamentadas no Princípio da Boa-Fé

Como assinalado na seção 1.5, o critério da boa-fé permite o alargamento do âmbito de incidência da teoria do abuso do direito para além dos direitos subjetivos, estendendo-a, também, a situações jurídicas a esses irreduzíveis. Esse é o ensinamento de Menezes Cordeiro, que identifica o abuso do direito como “exercício inadmissível de posições jurídicas”, prevendo a possibilidade de sua ocorrência inclusive nas relações contratuais.⁷⁴

Admitida a estreita correlação entre boa-fé e abuso do direito, na esfera das relações contratuais, pode-se afirmar que a primeira configura-se como a base normativa ou, ainda, como um elemento constitutivo do abuso.⁷⁵ Reconhece-se, assim, que a presença do ato abusivo torna-se enriquecida, no direito das obrigações, quando aceita sua relação com a boa-fé.⁷⁶ Dessa forma passa-se a identificar, no âmbito das relações contratuais, o abuso do direito pelo exercício de prerrogativas individuais, como contrário à boa-fé.

O campo de incidência dessa função limitativa de prerrogativas jurídicas é vastíssimo e enseja, dentre outras, as seguintes modalidades de controle: (i) a teoria dos atos próprios – que se materializa em duas vertentes, quais sejam: a regra do *tu quoque* e a máxima que proíbe *venire contra factum proprium*; (ii) o afastamento do poder extintivo de resolução, nos casos em que se verifique o adimplemento substancial da obrigação; (iii) a vedação da exigibilidade, quando se verificar o inadimplemento

⁷² MARTINS-COSTA, **A Boa-Fé no Direito Privado**, cit., p. 449.

⁷³ Apud *ibid.* p. 447.

⁷⁴ O autor dedica todo um extenso capítulo ao exercício inadmissível de posições jurídicas. CORDEIRO, **Da boa-fé no direito civil**. cit., Vol. II, p. 661-991, *passim*.

⁷⁵ A boa-fé é entendida como base normativa do abuso em: PINHEIRO, *op. cit.*, p. 248. Já o entendimento da boa-fé como elemento constitutivo do abuso encontra-se em: NEGREIROS, **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 64.

⁷⁶ PINHEIRO, *op. cit.*, p. 253.

antecipado da obrigação ou a quebra antecipada do contrato (*surrectio*); e (iv) a inexistência de um direito se o titular permaneceu inerte por longo tempo, chegando a criar-se na contraparte uma legítima expectativa de que o mesmo não mais seria exercido (*supressio*).⁷⁷

2.6.1 Proibição da Duplicidade da Conduta Contratual – *Tu Quoque*

Na hipótese designada pela expressão latina *tu quoque*, “a idéia básica é de que atenta contra a boa-fé o comportamento inconsistente, contraditório com comportamento anterior, e, especificamente, que resulte em desequilíbrio entre os contratantes (...)”.⁷⁸

Como foi dito acima, *tu quoque* e *venire* são desdobramentos da teoria dos atos próprios.⁷⁹ Razão essa que pode explicar o fato de esses dois princípios serem tão semelhantes, a começar pela ideia de contradição de condutas. Com base nas semelhanças, Menezes Cordeiro chega a suscitar a possibilidade de se classificar o *tu quoque* como uma subespécie ou subtipo de *venire contra factum proprium*.⁸⁰

De acordo com o *tu quoque*, a boa-fé objetiva cumpre o papel de guardião do sinalagma contratual, ou seja, impede que a parte que desrespeitou norma legal ou contratual exija da contraparte o fiel cumprimento do programa contratual.⁸¹ Em outras palavras, impossibilita a “utilização de dois pesos e duas medidas”, na relação contratual.⁸²

Pode-se facilmente visualizar a aplicação prática dessa regra no art. 476 do Código Civil, que preceitua a regra da exceção de contrato não cumprido – *exceptio nom rite adimpleti contractus* –, nos seguintes termos: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

2.6.2 Quebra Antecipada do Contrato ou Inadimplemento Antecipado da Obrigação – *Surrectio*

Ademais, a boa-fé objetiva permite seja invocada a exceção relativamente a um inadimplemento que, embora não tenha ainda ocorrido, pode se prever que, efetivamente, se verificará no futuro, podendo hoje ser considerado um fato certo, inevitável. Vale dizer, a exceção pode ser estendida para o caso de inadimplemento

⁷⁷ Cf. MARTINS-COSTA, “Mercado e Solidariedade Social”, cit., p. 636-637.

⁷⁸ Teresa Negreiros faz uma exposição muito clara a respeito do *tu quoque* em: “O Princípio da Boa Fé Contratual”, cit., p. 235 et seq.

⁷⁹ Cf. MARTINS-COSTA, **A Boa-Fé no Direito Privado**, cit., p. 461.

⁸⁰ CORDEIRO, **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Vol. II, cit., p. 843.

⁸¹ NEGREIROS, “O Princípio da Boa Fé Contratual”, cit., p. 235.

⁸² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Revista Forense**, n. 351, jul.-set. 2000. p. 279, apud NEGREIROS, “O Princípio da Boa Fé Contratual”, cit., p. 239.

antecipado, isto é, para a chamada quebra antecipada do contrato (*surrectio*). Fique claro, no entanto, que tal extensão só se pode dar diante de circunstâncias concretas que assegurem que, fatalmente, a prestação está fadada a não ser cumprida.

Como bem demonstra Teresa Negreiros:

A boa-fé objetiva permite estender o princípio *do tu quoque* a ponto de se reconhecer, como já o fez o Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de invocar a exceção com base em um inadimplemento que, formalmente, só no futuro estaria configurado, contanto se trate de uma situação que no presente se sabe de antemão inevitável. É a chamada quebra antecipada do contrato (*anticipatory breach of contract*), de que trata esta importante decisão do Superior Tribunal de Justiça: Promessa de Compra e Venda. Resolução. Quebra antecipada do contrato. Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou. Recurso não conhecido (STJ, REsp. 309.626, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v. u., julg. 7.06.2001).⁸³

Como pode-se depreender do exposto acima, para Negreiros “há identidade de *ratio* entre a exceção do contrato não cumprido e o inadimplemento antecipado sempre que, diante das circunstâncias do caso concreto, a prestação futura estiver inequivocamente condenada a ser frustrada”.⁸⁴

No entanto, a exceção do contrato não cumprido ou a do inadimplemento antecipado não podem ser objeto de uma utilização abusiva pois, dessa forma, iriam representar uma ameaça ao próprio princípio da boa-fé objetiva e, em tais circunstâncias, deixariam de ser antídoto e passariam a representar o próprio veneno.

2.6.3 Teoria do Adimplemento Substancial

Também decorre da função de limitar o exercício de prerrogativas individuais a chamada teoria do adimplemento substancial – representando uma ideia de contrapeso frente à desenvolvida na seção anterior. Segundo essa teoria, mesmo que a norma contratual ou legal preveja a rescisão do contrato, o fato de este ter sido substancialmente adimplido veda ao credor o exercício do direito de rescisão.⁸⁵ Vale dizer que, de acordo com Anelise Becker, tem-se por substancialmente adimplido o contrato cuja fase de execução testemunhou um *quantum* de adimplemento bastante elevado, ou quase total, em comparação com o grau de descumprimento havido.⁸⁶ Becker aduz ainda que:

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*

⁸³ NEGREIROS, “O Princípio da Boa-Fé Contratual”, cit., p. 236.

⁸⁴ NEGREIROS, loc. cit.

⁸⁵ Ibid. p. 237.

⁸⁶ Apud SILVA, op. cit., p. 119.

ao exercício de um poder jurídico, no caso, do direito formativo de resolução, do qual é titular o credor de obrigação não cumprida. (grifou-se)⁸⁷

Neste sentido, tem-se exemplar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que dispõe *in verbis*:

Ação de busca e apreensão. Alienação Fiduciária. Função de controle da boa-fé objetiva. *Adimplemento substancial*. Tendo o devedor cumprido substancialmente sua obrigação, imperiosa se revela a manutenção do contrato entabulado. Atentatório ao princípio da boa-fé objetiva almejar-se a reintegração de posse do bem alienado fiduciariamente quando o devedor *adimpliu a quase totalidade do débito (vinte e uma de vinte e quatro prestações)*, faltando apenas três parcelas a serem solvidas. Limitação do direito formativo extintivo do credor de resolução do contrato de financiamento pela incidência do *princípio da boa-fé objetiva em sua função de controle*. *Exercício abusivo do direito subjetivo de resolução*, máxima quando o veículo é utilizado como instrumento de trabalho para o agravante (transporte escolar). Agravo provido (destacou-se).⁸⁸

Além de reconhecida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, essa teoria também é observada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode comprovar pela seguinte ementa:

Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. (...).⁸⁹

2.6.4 Inexigibilidade de um Direito pelo seu Não Exercício – *Supressio*

Já no que concerne à *supressio*, trata-se de uma conjugação entre boa-fé e tempo que permite paralisar o exercício de um direito com o objetivo de retificar os prazos prescricionais formais, seja ampliando-os ou reduzindo-os. Em determinadas circunstâncias, o não exercício de um direito, que leva a parte a confiar que este não mais seria exercido, pode ocasionar uma *prescrição de fato*, mesmo durante a vigência de prazo prescricional pertinente. Vale ressaltar que esta hipótese só poderá ser suscitada em casos nos quais a tutela da boa-fé e da confiança seja mais relevante do que a segurança jurídica dos prazos prescricionais legais.

⁸⁷ Apud NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 145.

⁸⁸ Apud MARTINS-COSTA, “Mercado e Solidariedade Social”, cit., p. 636.

⁸⁹ STJ, 4ª T., REsp. 272.739, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, v.u., julg. em 01.03.2001, apud NEGREIROS, “O Princípio da Boa-Fé Contratual”, cit., p. 237-238.

Como exemplo, tem-se excelente análise dessa figura no acórdão do TJRS na Ap. Civ. 70001376607, 2ª C. Civ., Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Sousa, julgado em 13.09.2000.⁹⁰ De acordo com esse julgado, a *supressio* constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que *paralisa a pretensão* em razão do princípio da boa-fé objetiva. Em outras palavras, veda a exigibilidade de um direito quando se configura “(i) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido; e (ii) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor”.

O referido acórdão trata de um contrato de mútuo firmado entre um usuário e a concessionária de serviço público de energia elétrica. Segundo consta da ementa, o exercício do direito de exigir a restituição atualizada de quantia emprestada, após transcorrido mais de quinze anos, não caracterizaria conduta contrária à boa-fé, pois tal restituição não geraria desvantagem desproporcional ao devedor face ao benefício do credor. Como se verifica no julgado, o contrato de mútuo permitiu a expansão da rede de energia elétrica do concessionário, como também a auferição de receita por meio do recolhimento de tarifa.

No caso em tela, resta configurada apenas um dos requisitos essenciais para que se caracterize a *supressio* – o que diz respeito ao transcorrer de longo período de tempo, sem o exercício do direito dando indícios de que este não mais seria exercido. Ausente, portanto, estava aquela condição que diz respeito à verificação de um desproporcional desequilíbrio entre o benefício do credor frente ao prejuízo do devedor.

Não obstante, e apesar mesmo de o contrato de mútuo ter previsto que a quantia seria restituída sem correção monetária, entendeu o Tribunal que não há que se falar em paralisação do direito subjetivo, concluindo que o usuário teria o direito de receber o montante devidamente atualizado.

2.6.5 *Venire Contra Factum Proprium*

Por fim, analisa-se a proibição de *venire contra factum proprium*, outra especificação da teoria dos atos próprios.⁹¹ Essa se caracteriza pela vedação da mudança repentina da maneira de agir que tem por consequência a quebra da confiança legítima gerada na contraparte. De acordo com Teresa Negreiros, proíbe-se o comportamento contraditório que importe quebra da confiança, revertendo dessa forma legítimas expectativas criadas na outra parte contratante.⁹²

Todavia, não serão todos os comportamentos contraditórios que serão objeto de vedação. Pois segundo com Judith Martins-Costa, do contrário estar-se-ia diante de

⁹⁰ Para uma análise integral do acórdão, ver: MARTINS-COSTA, Judith. “Mercado e Solidariedade Social”, cit., p. 636-637.

⁹¹ O primeiro desdobramento da teoria dos atos próprios é analisado na seção 2.6.1 – Proibição da duplicidade da conduta contratual – *tu quoque*.

⁹² NEGREIROS, “O Princípio da Boa-Fé Contratual”, cit., p. 238.

mais do que uma abstração e, sim, de um castigo, no qual enrijecer-se-ia todas as potencialidades do inesperado e do imprevisto na vida humana.⁹³

Portanto, para que se possa valer dessa teoria, deve estar presente não só o comportamento contraditório injustificável que mine a relação de confiança recíproca necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial, como também efetivos prejuízos causados à outra parte cuja confiança tenha sido traída.⁹⁴

A propósito, é exemplar a lição de Anderson Schreiber na qual ele identifica os pressupostos que condicionam a aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, com o intuito de se evitar uma desmesurada utilização dessa regra. São eles:

- (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da legítima confiança); e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.⁹⁵

Antonio Junqueira de Azevedo informa que o princípio do *venire* possui manifestações explícitas no Código Civil, como por exemplo, o art. 174, que estabelece: “É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava”.⁹⁶

Verifica-se também repercussões desse princípio nos mais diversos tribunais brasileiros. Como exemplo, examina-se um acórdão proferido, em 25 de abril de 2007, pelo Desembargador-relator Nagib Slaibi da 6ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que utiliza o princípio do *venire contra factum proprium* como fundamento decisório.⁹⁷

No caso em questão, um laboratório pactuou com uma empresa a cessão de direitos de máquina fotocopadora com capacidade de até cinco mil cópias e mais manutenção mensal de R\$ 664,74 após as primeiras cinco mil cópias. Contudo, a máquina cedida tinha capacidade para até trinta mil cópias, o que obviamente fez com que o valor da manutenção se elevasse para R\$ 6.581,82. Em vista disso, o laboratório pretendia a nulidade da cláusula de manutenção da máquina.

No entanto, o Desembargador afirma que, se a máquina entregue pela empresa era diferente da contratada, cabia própria e exclusivamente ao laboratório contatar a empresa comunicando o fato ocorrido. Porém, não há nos autos qualquer prova dessa comunicação. Daí conclui-se que o laboratório anuiu com a cessão feita pela empresa, beneficiando-se do aparelho mais potente. Aduz ainda o relator que, o que não é

⁹³ MARTINS-COSTA, A **Boa-Fé no Direito Privado**, cit., p. 470

⁹⁴ NEGREIROS, op. cit., p. 240.

⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 132.

⁹⁶ Apud NEGREIROS, op. cit., p. 239.

⁹⁷ TJRJ, ApC n. 2007.001.06665, 6ª Câmara Cível, Rel. Desembargador Nagib Slaibi. julg. em 25.04.07.

possível é o acolhimento de demanda com pretensão de não pagamento do custo da utilização e manutenção da máquina, tendo o laboratório dela se beneficiado.

Também é ressaltado, por Nagib Slaibi, que os artigos 113 e 422 do Código Civil de 2002 constituem a base positiva da boa-fé. Segundo tais disposições legais, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração – art. 113 –, e os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé – art. 422.

Com grande propriedade, Slaibi trata exatamente da questão objeto dessa seção, ao dizer que o princípio do *venire contra factum proprium* – fundamentado na teoria dos atos próprios – visa *impedir* que um contratante exerça um direito em contradição com uma sua conduta anterior.

Além do mais, o citado Desembargador também se vale do magistério de Anderson Schreiber para fundamentar o *decisium*. Cita que esse autor aponta alguns artigos do novo Código Civil que estabelecem a *repressão ao comportamento incoerente*, dentre eles o art. 175. Transcreve-se, na íntegra, tal citação:

O artigo 175 do Código Civil impede que o devedor impugne o negócio anulável que confirmou expressamente ou ao qual deu voluntária execução mesmo consciente do vício que o maculava:

Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

A norma evita, como se vê, que a parte que desconsiderou a causa de anulabilidade do negócio jurídico, confirmando-o ou dando-lhe execução voluntária, se valha, posteriormente, desta causa para tentar anular o negócio, em seu próprio benefício. Veda, em uma expressão, a pretensão anulatória em contradição ao comportamento anterior. (*A proibição de comportamento contraditório – Tutela de confiança e venire contra factum proprium*. Ed. Renovar, 2005, p. 69).

3 CONCLUSÃO

Atualmente, presencia-se, *urbi et orbi*, um processo de funcionalização dos institutos do direito privado. No presente trabalho, mostra-se como, historicamente, vem evoluindo esse processo no tocante aos direitos subjetivos. Esses não mais são admitidos em termos absolutos. Pelo contrário, são dotados de relatividade e submetem-se aos princípios e valores fundantes do ordenamento jurídico.

Nesta caminhada rumo à funcionalização dos direitos subjetivos, a construção teórica do abuso do direito apresenta-se como instrumento fundamental.⁹⁸ De acordo com a mais recente doutrina, delineia-se o ato abusivo a partir da violação de seu fundamento material-valorativo. Simultaneamente ou, melhor, conseqüentemente vislumbra-se, também, uma transição de uma teoria tradicional do contrato para uma

⁹⁸ PINHEIRO, op. cit., p. 427.

nova teoria contratual, em que se substitui seu centro valorativo: “em lugar do indivíduo, e de sua autonomia, encontra-se a pessoa humana, sua socialidade e dignidade”.⁹⁹

Nessa perspectiva, alia-se o princípio do abuso do direito ao da boa-fé objetiva, que constitui, de acordo com o art. 187 do Código Civil, um dos critérios para aferição do ato abusivo. Deve-se notar que, na seara contratual, a boa-fé ganha destaque como elemento constitutivo do abuso, ou seja, nas relações contratuais o abuso passa a ser definido pela contrariedade à boa-fé e, mais especificamente, à confiança e à justiça contratuais. Nesse ponto, é oportuno recordar o ensinamento de Menezes Cordeiro, para quem 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”.¹⁰⁰

Adverte-se, todavia, que a boa-fé não é o único parâmetro para aferição do ato abusivo. Constitui um dos critérios aptos a configurar a ocorrência de abuso do direito. Como visto anteriormente, são os valores e princípios que, via de regra, se encontram inscritos na tábua axiológica constitucional que constituem os limites a serem observados pelos titulares de prerrogativas individuais.

Dessa forma, constata-se que a teoria do abuso do direito torna-se uma importantíssima ferramenta para a concretização de valores como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, os valores da livre iniciativa, a função social do contrato e da propriedade, entre outros, que têm como escopo final a realização de um direito mais justo que possibilite a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 3, set/dez, 1992, p. 78-87.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 1, jan./mar., 2000, p. 3-12.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Temas de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARDOSO, Vladimir Mucury. “O Abuso do Direito na Perspectiva Civil-Constitucional”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-109.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. “O Abuso do Direito no Código de 2002 – Relativização de Direitos na Ótica Civil-Constitucional”. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 401-420.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. Vol. I e Vol. II.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do Direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

⁹⁹ NEGREIROS, **Teoria do Contrato**, cit., p. 507.

¹⁰⁰ Apud PINHEIRO, op. cit., p. 279.

LEWICKI, Bruno. "Panorama da boa-fé objetiva". In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. "A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium". **Revista Forense**. nov/dez, 2004, p. 109-129.

_____. "Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa fé nas relações de consumo". In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 611-661.

_____. "Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé". In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do Direito e o Ato Ilícito**. 3. ed. hist. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEGREIROS, Teresa. "O princípio da boa-fé contratual". In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221-253.

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

_____. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PENTEADO, Luciano de Camargo. "Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*". **Revista de Direito Privado**. Vol. 27. jul/set, 2006. São Paulo, p. 253-278.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. I.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O Abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Boa-fé no Código Civil**. 2003. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=2543. Acesso em: 25 abr. 2008.

SCHEREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. "Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99-126.

TEPEDINO, Gustavo. et. al. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Vol. I.

_____. e SCHEREIBER, Anderson. "A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil". In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.