

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* - MESTRADO EM DIREITO

RENATA CRISTINA OBICI

**RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO POTESTATIVO EXTINTIVO À LUZ DA
TEORIA DO ABUSO DO DIREITO**

CURITIBA
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

RENATA CRISTINA OBICI

**RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO POTESTATIVO EXTINTIVO À LUZ DA
TEORIA DO ABUSO DO DIREITO**

**Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito Empresarial e
Cidadania do Centro Universitário Curitiba,
como requisito parcial para a obtenção do
Título de Mestre em Direito.**

Orientador: Professor Doutor Carlyle Popp

**CURITIBA
2008**

RENATA CRISTINA OBICI

**RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO POTESTATIVO EXTINTIVO À LUZ DA
TEORIA DO ABUSO DO DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba.

Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Presidente:

Professor Doutor CARLYLE POPP

Professor Doutor PAULO ROBERTO RIBEIRO NALIN

Professor Doutor LUIZ EDUARDO GUNTHER

Curitiba, de de 2008.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação ao meu avô,
que me acompanhou ao longo dessa
caminhada e foi a razão dessa vitória.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, a razão de tudo.

Aos meus pais, Marciano e Laila, pela vida e incentivo ao estudo.

Ao Sérgio, marido paciente, que me deu força ao longo dessa trajetória.

A todos os meus amigos, pela compreensão, companheirismo e força.

Aos colegas de profissão Braulio, Márcio, Giovana, Aline, Naradiba, Fulvio, Luciana e Andriago pela ajuda, paciência e palavras de otimismo.

Aos professores Celso Hiroshi Iocohama, Valdecir Pagani, Adenilson Cruz e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, a quem atribuo, respectivamente, o amor ao Direito, a paixão pela advocacia, a busca pela justiça e o estímulo à docência.

À Marcilene, sem a qual esse sonho e objetivo de vida não poderiam ser alcançados.

Ao meu orientador, Professor Carlyle, profissional combativo, exemplo de dedicação à pesquisa acadêmica, pelas sempre bem lançadas palavras, atenção despendida ao trabalho no magistério.

Aos Professores Paulo Roberto Ribeiro Nalin e Luiz Eduardo Gunther, referências profissionais de estudo científico, competência, e bom senso, por compartilharem esse momento comigo.

A todos os professores e colaboradores do programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA.

À Luzenira, Rose e Denise, bem como aos demais funcionários da biblioteca do UNICURITIBA, que me acolheram e tanto me auxiliaram nesses dois anos de caminhada.

A cada pessoa que me auxiliou nessa caminhada para que eu pudesse alcançar o mais do que objetivo, um grande sonho, que representa para mim um divisor de águas não apenas em minha vida profissional, mas, sobretudo, na pessoal.

A todos, o meu mais sincero muito obrigada.

EPÍGRAFE

*"Tudo tem seu tempo e até certas
manifestações mais vigorosas e originais
entram em voga ou saem de moda.
Mas a sabedoria tem uma vantagem: é eterna."*

(Baltasar Gracián)

RESUMO

O reconhecimento de direitos aos indivíduos não significa que isso possa ser utilizado de forma absoluta ou com desvio de finalidade. Com base na adoção de postulados humanitários, que acarretaram o resgate da ética e da confiança das relações jurídicas empresariais, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da entrada em vigor do atual Código Civil, surgiu a necessidade de o operador jurídico revisitar velhos conceitos contratuais, aproximando-os dos valores solidaristas e da funcionalidade que, atualmente, regem o sistema jurídico nacional. Conseqüentemente, o exercício do direito potestativo extintivo também deve ter como referencial para sua legitimação a prática de atos em conformidade com a ordem jurídica, o que demanda a observância dos princípios e valores que se encontram permeados nas normas constitucionais e infraconstitucionais, entre eles, a boa-fé e a função social dos contratos. Paralelamente, a positivação da teoria do abuso do direito, no artigo 187 do Código Civil, conferiu ao sistema a abertura necessária para a tutela axiológico-material de cada direito reconhecido pela ordem jurídica, na medida em que criou mecanismo hábil a prevenir e a reparar danos oriundos do exercício inadmissível de posições jurídicas. Com isso, a limitação do direito potestativo extintivo pela teoria do abuso do direito revela-se importante instrumento para, a um só tempo, tutelar a eticidade, a operabilidade e a socialidade das relações negociais, bem como, para preservar a dignidade humana, a realização dos fins sociais e econômicos, principalmente nos negócios jurídicos empresariais.

Palavras-chave: princípios constitucionais, direito potestativo, relativização dos direitos, boa-fé, função social, abuso do direito.

ABSTRACT

The rights recognition to individuals does not mean that it could be used in an absolutely way or misuse. Based on the humanitarian postulates' adoption, which led to the rescue of ethics and reliance in legal business relations, mainly from promulgation of 1988's Federal Constitution and the entry into force of the current Civil Code, has brought the legal operator needs to revise old contractual concepts, approaching the solidaristas values and the functionality that currently governs the national legal system. Consequently, the exercise of the potestative's right must also have as a referential for its legitimacy the practice of acts in accordance with the legal order, which demand compliance with the principles and values that are filled with standards and constitutional and infraconstitucional's rules ,between them, the good faith and the social function of contracts. Concomitantly, the abuse by right's, Civil Code 187 article, has led to a necessary openness system to the axiological-material defence of each right recognized by the legal order, in so far as created an accomplished mechanism to prevent and repair damage from the unacceptable exercise of legal positions. Therefore, the restrictions on the potestative right extinted by the theory of abuse by right shows an important instrument in just one time, protecting ethics, operability and sociability of business relations, as well as to preserve human dignity, the achievement of economic and social purposes, particulary in legal business.

Key-Words: constitutional principles, potestative's right, right relativization, good faith, social function, abuse by right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O INTÉRPRETE DO DIREITO E A NOVA ORDEM PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL	16
1.1 A CIÊNCIA DO DIREITO E O PAPEL DO JURISTA DA CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO	17
1.1.1 Evolução do pensamento jurídico e a problema a ser enfrentado pelo jurista da pós-modernidade	17
1.1.2 Instrumentalização da Ciência do Direito na pós-modernidade	20
1.2 RELEITURA DO MODO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA FRENTE À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL	27
1.2.1 Papel dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais nessa nova ordem de idéias	28
1.2.2 Constitucionalização do Direito Civil como ponto de partida para a releitura da sistemática jurídica nacional	33
1.2.3 Inserção da dignidade da pessoa humana no sistema civil-constitucional	40
1.2.4 Ordem econômica como instrumento de efetivação dos direitos civis-constitucionais	44
1.3 EMPRESA E SUA FUNÇÃO SOCIAL	47
2 DO NASCIMENTO À EXTINÇÃO DOS DIREITOS RELAÇÕES JURÍDICAS NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	54
2.1 TUTELA DS DIREITOS PELA ORDEM JURÍDICA	54
2.1.1 Relativização de direitos como forma de assegurar a vida em sociedade	54
2.1.2 Direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes-deveres	60
2.1.2.1 Direitos subjetivos em sentido estrito	70
2.1.2.2 Disciplina dos direitos potestativos	71
2.1.2.3 Poderes-deveres	77
2.1.3 Força normativa, alcance e limitações do direito potestativo	77
2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A NOVA TEORIA CONTRATUAL	84
2.2.1 Socialização dos contratos e papel da empresa no mercado econômico	91
2.2.2 Importância e função das cláusulas gerais	96
2.2.3 Novos princípios do direito contratual	98
2.2.3.1 Boa-fé objetiva e seus sub-princípios como nortes interpretativos das relações jurídicas	99
2.2.3.2 Função social como instrumento de legitimação do negócio jurídico	109
2.2.3.3 Justiça contratual	117
2.3 DIREITOS POTESTATIVOS NA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS	123
2.3.1 Distinções necessárias: resolução, resilição, denúncia, rescisão, revogação, caducidade e invalidade do contrato	123

2.3.2 Exercício regular de um direito <i>versus</i> abuso do direito	126
2.3.3 Preservação da boa-fé, da função social e dos bons costumes na extinção do contrato	130
2.3.4 Limites ao direito potestativo extintivo	134
3 EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO E SUAS SANÇÕES	139
3.1 DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO	140
3.1.1 Influência dos direitos romano clássico e medieval para a construção da teoria	140
3.1.2 Abuso do direito no positivismo jurídico kelseniano	144
3.1.3 Construções teóricas do abuso do direito	151
3.2 AUTONOMIA DOGMÁTICA DO ABUSO DO DIREITO	159
3.2.1 Abuso do direito, hoje	159
3.2.2 Distinção entre abuso do direito e institutos afins	164
3.2.2.1 Abuso do direito, ato ilícito, dano, culpa e responsabilidade civil	164
3.2.2.2 Abuso do direito e colisão de direitos	168
3.2.2.3 Abuso do direito e fraude à lei	169
3.2.2.4 Abuso do direito e desvio de poder	170
3.3 ABUSO DO DIREITO NO BRASIL	170
3.3.1 Evolução do abuso do direito	171
3.3.2 Artigo 187 do Código Civil	174
3.3.3 Abuso do direito na relação negocial empresarial	185
3.3.4 Sanções ao abuso do direito	189
4 HIPÓTESES DE EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO POTESTATIVO EXTINTIVO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	195
4.1 BOA-FÉ E EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS	196
4.2 CASUÍSTICA FRENTE CONTRATOS EMPRESARIAIS	204
4.2.1 Abuso do direito e o artigo 473 do Código Civil	205
4.2.2 Abuso do direito na locação empresarial	209
4.2.3 No contrato de distribuição	212
4.2.4 Outras modalidades de contratos inter-empresariais e abuso do direito	214
4.2.5 Abuso do direito na exclusão de sócio da sociedade	217
4.2.6 Abuso do direito na extinção do contrato de trabalho	220
4.2.7 Abuso do direito na extinção dos contratos de consumo	223
CONCLUSÃO	228
1 ORDEM ECONÔMICA, CONTRATO EMPRESARIAL E ABUSO DO DIREITO POTESTATIVO EXTINTIVO	228
2 FUNÇÃO SOCIAL DO JURISTA COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA	237
REFERÊNCIAS	243

INTRODUÇÃO

Ao romper com o regime absolutista, dividido em castas e que privilegiava apenas a nobreza e o clero, deu-se início o liberalismo econômico, fortemente marcado pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade perseguidos durante a Revolução Francesa, que primava pela concessão de direitos à burguesia, classe social emergente na época e responsável pela movimentação da economia e pagamento de tributos. Em decorrência da ruptura do paradigma da sociedade de castas, surgiu a necessidade de tutelar os direitos da burguesia por meio de um sistema uno e hermeticamente fechado, que primava pela máxima concessão de direitos individuais aos cidadãos, com a mínima intervenção do Estado sobre o particular. Tratava-se da era das codificações, inaugurada pelo *Code français*, de 1804.

A codificação destinou-se, assim, a selar uma rígida separação entre público e privado e a tutelar aos cidadãos o direito de liberdade contratual, consagrado pelo princípio da autonomia da vontade, que reconhecia expressamente a existência de direitos subjetivos, oriundos de fatos sociais juridicamente relevantes. Reconheceu-se que a incidência da norma sobre tais fatos gerava uma série de pretensões e direitos, manifestados sob a forma de direitos subjetivos, concebidos como poder reconhecido a uma pessoa pela ordem jurídica de, por ato de vontade, impor a alguém um determinado comportamento, positivo ou negativo.

Com o passar dos anos, a crise de confiança instaurada diante da estrutura formalista que regia as relações sociais e a massificação dos contratos, fortemente marcados pelo patrimonialismo e pelo individualismo, demandou a releitura da sistemática jurídica como um todo. A idéia de relativizar os direitos reconhecidos pela ordem jurídica despontou como instrumento precioso para assegurar a vida harmônica em sociedade; uma forma de impedir que o direito criado para garantir prerrogativas jurídicas aos indivíduos fosse exercido em desconformidade com a própria ordem jurídica que o criou.

A necessidade de compatibilizar os direitos reconhecidos aos indivíduos para que o ordenamento, como sistema permeado por valores jurídicos e metajurídicos, preservasse sua integridade, coesão e harmonia fez surgir um novo Direito, de caráter principiológico, funcionalizado, que tem como eixo central a

pessoa humana, destinatária de toda a ordem jurídica. A mudança operada foi substancial.

Dentro dessa perspectiva, a constitucionalização do direito civil, com a elevação do papel que os valores e princípios constitucionais representam para o sistema jurídico como um todo, marca a ruptura do antigo paradigma da codificação e dá início a um novo fenômeno ideológico e cultural, marcado pela revisitação de velhos conceitos, a superação de antigos postulados individualistas e a substituição do sujeito de direito abstrato pela pessoa humana. A dignidade da pessoa humana apresenta-se como eixo central dos valores constitucionais e infraconstitucionais.

Nas relações negociais, ao mesmo tempo em que são preservados os direitos subjetivos, estes ganham limites externos. Os preceitos solidaristas demandam seu exercício funcionalizado, com observância da ética e da boa-fé, para que sejam objeto de tutela jurídica. O contrato deixa de ser concebido como relação estática mantida entre um sujeito ativo e um sujeito passivo em torno de uma obrigação e passa a ser concebido como processo, como relação dinâmica apta a assegurar o tráfego das relações sociais.¹ Ao lado do dever principal, surgem obrigações laterais ou secundárias, as quais garantem que o negócio jurídico seja concebido como instrumento, como meio para a consecução de objetivos socialmente desejáveis.

De igual forma, as concepções de empresa e de contrato empresarial são revisitados e passam a ser analisados como elementos integrantes de uma engrenagem sistêmica, pautados pela sua finalidade econômica, ética e social, já que é com a atuação da empresa que o Estado e os indivíduos realizam direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. O negócio jurídico empresarial passa a ter como objetivo a efetivação dos direitos fundamentais, tutelados em nível constitucional.

Trata-se, portanto, de atribuir funcionalidade a atividades outrora concebidas como desenvolvidas com o objetivo único de satisfazer os interesses egoístas no mercado econômico; de aproximar a empresa de sua rede de fornecedores, consumidores, trabalhadores, do meio ambiente e da sociedade como um todo; compreender a empresa e o contrato empresarial como meios para a consecução de

¹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, introdução.

objetivos maiores, voltados à aproximação das relações sociais com os valores existenciais.

A busca da justiça contratual, mediante a funcionalização dos contratos e a preservação da boa-fé, faz com que o exercício do direito potestativo extintivo tenha seus postulados revisitados, já que a tutela do direito formalmente exercido pelo seu titular somente se justifica se o ato estiver fundado em preceitos axiológico-materiais que ditam a regularidade do direito exercido. Nesse contexto, assume especial relevância a teoria do abuso do direito, positivada no ordenamento jurídico pátrio no artigo 187 do Código Civil e que apresenta como valor fundante impedir o exercício inadmissível de posições jurídicas, assim entendidas aquelas em manifesta afronta aos preceitos de boa-fé, bons costumes ou aos fins econômicos ou sociais dos direitos.

O abuso do direito assume contornos amplos, voltados à tutela dos valores constitucionais e legais do ordenamento jurídico. Apresenta-se como instrumento poderoso para regular as relações negociais como um todo, notadamente no ambiente empresarial, em que as regras aplicáveis supõem a falsa existência de paridade entre as partes.

Daí que, do somatório abuso do direito, boa-fé e funcionalidade dos negócios jurídicos empresariais, emerge o controle ao exercício de prerrogativas individuais, o que impõe novos limites para a liberdade de contratar e para a liberdade contratual. Com isso, também os direitos potestativos passam a ser relativizados, de maneira que somente o seu exercício legitimado, em conformidade com a ordem jurídica, continua sendo objeto de tutela legal.

Nesse contexto, a nova roupagem atribuída aos negócios jurídicos empresariais e aos direitos, poderes e deveres conferidos aos contratantes, frente aos novos princípios que devem guiar sua aplicação na sociedade do século XXI, demanda uma atuação diferenciada do jurista: ao mesmo tempo em que o vínculo contratual deve ser preservado, por ser o grande instrumento de movimentação da economia, a má utilização ou uso abusivo do direito não de ser coibidos, para que seja resguardada a função social que os contratos desempenham junto à empresa e, conseqüentemente, na sociedade.

Daí a necessidade de se buscarem alternativas jurídicas para coibir ou reparar o mau uso do direito potestativo extintivo, tendo sempre como vetores

hermenêuticos os valores constitucionalmente tutelados na repersonalização das relações privadas.

O trabalho possui estreita ligação com a área de concentração “Direito Empresarial & Cidadania” desenvolvida pelo programa de mestrado em direito do UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba, na medida em que tem toda a pesquisa guarda pertinência com a linha de pesquisa “Obrigações e Contratos Empresariais: Responsabilidade Social e Efetividade”, já que trata de temas freqüentes nos contratos empresariais da atualidade, notadamente, os novos princípios contratuais, frente a teoria do abuso do direito, objeto de tutela no artigo 187 do Código Civil.

A par dessas concepções, o presente trabalho buscará traçar diretrizes mínimas para que se possa operar a releitura da extinção do contrato empresarial, quando efetuada mediante o exercício do direito potestativo extintivo, frente à sistemática do abuso do direito.

A pesquisa encontra-se fundamentada, basicamente, em literatura nacional e portuguesa. Por esse motivo e diante da semelhança gramatical existente entre as duas línguas, as citações diretas procuraram preservar os textos originais. Não se encontram destacadas, tampouco traduzidas, dada a facilidade em sua compreensão. Já as citações diretas de textos nas demais línguas estrangeiras consultadas – italiano, francês e espanhol – encontram-se acompanhadas da tradução respectiva, feitas pela autora, em notas de rodapé.

Houve opção pela não utilização do negrito e do sublinhado, para não poluir o texto e tornar sua leitura cansativa. Logo, tanto as referências, quanto as transcrições em língua estrangeira, foram feitas no formato “*itálico*”.

No primeiro capítulo, com enfoque mais filosófico e idealista, serão delineados o estado da arte do desenvolvimento da Ciência do Direito, contextualizando o trabalho nos princípios econômicos que regem o texto constitucional de 1988 e o modo como tais diretrizes se aplicam ao conceito e aos fundamentos que regem a empresa.

No segundo capítulo, será operada a releitura do sistema contratual, desde o patrimonialismo operante no liberalismo econômico até a atual concepção de negócio e relação jurídica, com o estabelecimento dos princípios que, atualmente, não de ser observados para a interpretação e aplicação dos contratos empresariais na atualidade.

O terceiro capítulo versará sobre o surgimento e a evolução da teoria do abuso do direito no direito estrangeiro, bem como sobre sua aplicação no Direito pátrio, com especial enfoque no artigo 187 do Código Civil, que positivou a teoria e traçou critérios objetivos para sua verificação no caso concreto. A abordagem ao sancionamento do ato abusivo demonstrará a importância da defesa de sua tutela material e preventiva no caso concreto.

Por fim, o quarto capítulo buscará demonstrar, em caráter meramente exemplificativo, com base em quais critérios, no contexto principiológico instaurado pelo texto constitucional frente ao direito de empresa, as relações negociais empresariais devem ser pautadas para que se possa conceber o exercício admissível do direito potestativo extintivo. Trata-se de texto mais dinâmico, elaborado com caráter utilitarista. A menção feita a jurisprudência visa elucidar como a aplicação da teoria contribuirá para realizar os valores constitucionais dos indivíduos, em especial, sua dignidade.

Como pano de fundo de todos os raciocínios desenvolvidos no presente trabalho, uma importante missão se apresenta: demonstrar a necessidade do intérprete do Direito aguçar a racionalidade crítica para que, olhando o novo com olhos de novo, possa atribuir a cada direito o alcance e a finalidade que lhe são correlatos, de maneira a efetivamente contribuir para a construção de bases sólidas para a evolução dessa Ciência, de importância ímpar para regular a vida em sociedade.

1 O INTÉRPRETE DO DIREITO E A NOVA ORDEM PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL

O estudo de qualquer instituto jurídico e a busca da solução de problemas nas relações sociais, que não apresentam regulação específica na norma legal, demandam do intérprete o conhecimento do sistema jurídico como um todo. Acima disso, exige que o operador do Direito tenha noção do importante papel que desempenha no desenvolvimento da Ciência do Direito, dotando-a de eficácia na regulação das relações sociais.

A análise de um problema eminentemente de caráter contratual – a relativização do direito potestativo frente à prática de atos abusivos por uma das partes – demanda soluções da sistemática jurídica, principalmente porque as novas concepções de norma e princípios tutelados pelo atual texto constitucional sobrelevam a importância do homem como objeto e finalidade da Ciência Jurídica e fazem emergir um Direito Constitucional solidário, efetivo e responsável, permeado por uma hermenêutica jurídica constitucional comprometida com os direitos fundamentais do homem, fatores que influenciam a resolução dos novos problemas da pós-modernidade.

Considerando as relações empresariais o especial objeto de estudo do presente trabalho, não se pode ignorar que a empresa desempenha papel imprescindível na sociedade, na medida em que fomenta a economia e realiza grande parte dos direitos fundamentais do homem, os objetivos do Estado e os fundamentos da ordem econômica.

Nessa seara, a análise das principais matizes relacionadas na Constituição Federal, diante da realidade instaurada e do papel que o jurista desempenha na concretização e efetivação de direitos, justifica-se como ponto de partida para que, com base nos arcabouços jus-filosófico e principiológico que regem o sistema jurídico, seja possível apreender, de forma abrangente, como as relações jurídicas são guiadas e influenciadas pelo texto constitucional.

Conforme Pietro Perlingieri, “O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma

(infraconstitucional), mas, também, a necessidade de que seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição.”²

Como a Constituição Federal é o ponto de coesão de todo o sistema jurídico, o estudo de qualquer instituto deve levar em conta a ordem de valores estabelecida pela Carta para que seja possível analisar, de forma ampla e satisfatória, problemas jurídicos, e encontrar soluções plausíveis para a regulação da vida em sociedade e para que se possa falar em efetividade da Ciência do Direito.

1.1 A CIÊNCIA DO DIREITO E O PAPEL DO JURISTA NA CONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO

1.1.1 Evolução do pensamento jurídico e o problema a ser enfrentado pelo jurista da pós-modernidade

Sendo o discurso jurídico o mecanismo de dialogicidade no qual se instaura o modo de produção do Direito³ no meio social, é impossível iniciar o estudo de qualquer instituto jurídico sem buscar o arcabouço jus-filosófico sobre o qual todo o pensamento jurídico se embasa.

Em sentido paralelo, não se pode conceber a construção do pensamento jurídico desvencilhado do meio no qual está inserido – a sociedade – e sua constante evolução, como consequência do “ser-no-mundo”, do “estar-no-mundo” e do “ser-com-os-outros”⁴, o que nada mais reflete senão a inter-relação existente entre fato, valor e norma⁵ e que resultam na constante evolução da Ciência Jurídica.

A conjugação de elementos internos e externos ao Direito dá azo à sua existência e evolução na sociedade, desde seus primórdios. No entanto, foi a partir do iluminismo, quando o homem passou a preocupar-se com a regulação da vida em sociedade, por meio de normas jurídicas genéricas e abstratas, inseridas em diplomas escritos, que a Ciência Jurídica assegurou aos indivíduos um mínimo de direitos; primeiramente, perante seus pares e, mais tarde, diante do Estado.

² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 10.

³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. IX.

⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 153-170.

⁵ REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do Direito. *Revista brasileira de filosofia*, n. 4, v. 10, p. 467.

De fato, o rompimento dos laços da era pré-moderna⁶ pelo homem e a instauração de uma nova realidade social, guiada por valores diferentes e fundada na necessidade de estabilidade das relações sociais, na particularização de fatos e conseqüências, fez com que o discurso da ciência do Direito fosse guiado por novos caminhos,⁷ dando início ao positivismo jurídico, que nada mais é do que uma forma da razão e da ciência servirem como instrumento para o domínio da natureza.

Emerge um Direito pautado no positivismo jurídico, que determina o protagonismo da lei (em sentido estrito), enquanto “volição autoritária do detentor da nova soberania e caracterizada pelos atributos da generalidade e da rigidez”⁸, fortemente marcada pela estática de conteúdo, finalidades, utilidade e hierarquia, sendo o indivíduo o centro de interesse das ordens jurídica e social.

Sob esse manto, iniciou-se o processo de codificação, que tinha como pano de fundo a positivação de normas éticas e morais, concebidas tal como preceitos matemáticos, visando a assegurar a certeza das relações sociais, a ordem, a paz social, a segurança jurídica, mecanismos para ditar o alcance e os limites do poder estatal.

Toda essa aparente segurança, contudo, acarretou justamente na criação de um paradoxo: ao mesmo tempo em que a lei codificada atribuía segurança à sociedade, dada a impossibilidade de sua modificação, o fato de estar inserida no meio social – em constante alteração – tornou-se instrumento dissociado das

⁶ Na era pré-moderna da filosofia, prevalecia a idéia de que a ordem normativa encontrava-se inserida na natureza, sendo o fundamento ético-moral do Direito anterior à própria atividade cognoscitiva e independente da atividade ou intervenção do homem. Acreditava-se que as leis naturais acompanhavam o homem – e sua relação com o mundo – a quem eram conferidos direitos inatos pela própria natureza. Tratava-se do império da teologia sobre o homem e, conseqüentemente, sobre tudo aquilo que ele enxergava como objeto de seu conhecimento. A produção do conhecimento caracterizava-se como uma cosmologia, ou seja, uma perspectiva universalista do saber, advinda da observação, da experiência e dos valores, que não comportava divisões estanques ou profundas entre as áreas do conhecimento, tendo a filosofia como centro responsável pela formação de todas as ciências. (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução Ivone C. Benedetti. Revisão Técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 5-6.

⁷ Michel Villey leciona que o nominalismo pregado por Guilherme de Ockham abandona o apego aos gêneros que até então justificavam a construção do pensamento e do conhecimento e adotou a concepção de que somente os indivíduos existem enquanto seres singulares. Logo, tudo o que é gênero ou universal exprime meras semelhanças, signos, idéias gerais, ou seja, que não significam nada em si mesmos, visto que são concepções imperfeitas. É justamente a particularização do conhecimento, sua instrumentalização e cientificidade que dão abertura para um novo modo de conceber o Direito, conhecido como modernidade jurídica. (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (justiça e direito). p. 230-233).

⁸ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 42.

concepções de valor e ética, dotada de rigidez, tecnicismo e acrítica; incapaz de corresponder à própria natureza e função.

Assim, não obstante a dogmática jurídica e a certeza de uma verdade única para a Ciência, com a separação rígida entre o científico, o social, o ético, o moral etc., tenham respondido (e atendido) às necessidades da sociedade da época⁹, as novas demandas de uma sociedade de massa, complexa e conflituosa, dinâmica, com ciclos de transformação em escala assustadora, vivenciadas principalmente no século XX, exigiram respostas mais adequadas e satisfatórias.

Mesmo porque, conforme bem pontua Michel Villey, “cada termo do direito teve seu tempo, em que é preciso recolocá-lo para compreendê-lo”¹⁰. A dogmática jurídica – como todas as áreas da Ciência, até então vistas como unívocas, universais e verdadeiras – mostrou traços de insubsistência e incapacidade de atender às novas demandas sociais. Essa viragem pela qual a filosofia passou levou à superação das concepções modernas e abriu caminho para que se operasse uma “releitura da história, e a redescoberta do futuro como pluralidade de possibilidades e realização das potencialidades a que a nossa sociedade (...) é incapaz de chegar”¹¹, o que demanda uma nova postura do sujeito cognoscitivo, diante do desafio de desvelar a interface do ser que se coloca à sua frente.

Isso tudo evidencia a difícil tarefa do operador jurídico da pós-modernidade: a adoção de uma postura mais democrática, eclética, aberta ao debate e desprovida de verdades unívocas, prontas e acabadas; a consciência de que as verdades são variáveis, de que o conhecimento se formula e se reformula constantemente, da mesma forma como a sociedade, reclamando novas posturas dos operadores jurídicos, a fim de que possam cumprir a função para a qual foram edificadas.¹²

⁹ Lembrando que, ainda em meados do século XIX, Theodor Adorno já prenunciava que o moderno havia ficado fora de moda (DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. São Paulo: UNESP, 2000. p. 12).

¹⁰ VILLEY, op. cit., p. 253.

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25.

¹² STRECK, op. cit., p. 17.

Conforme bem pontua Pietro Perlingieri, “a função do jurista é, portanto, complexa e a sua atividade valorativa envolve um conjunto de aspectos que vão do ideológico e político ao social, ético e religioso”¹³.

Diante disso, há necessidade do intérprete da lei “aguçar a crítica do olhar”¹⁴, abrir-se à nova realidade que se coloca à sua frente e efetuar constantes revisões críticas dos fundamentos da modernidade jurídica, de há muito são aceitos de forma submissa, absolutizada.

1.1.2 Instrumentalização da Ciência do Direito na pós-modernidade

Toda evolução do conhecimento somente se perfaz mediante a criação de plexos de relações entre os indivíduos e, em se tratando do Direito, entre seus intérpretes e aplicadores.

Com isso, e frente ao contexto histórico sobre o qual o Direito vem se desenvolvendo, a Ciência Jurídica somente galga passos largos no sentido de desenvolver-se e integrar-se com a sociedade a partir do desenvolvimento e da valorização de técnicas que primam pela lógica, culminando naquilo que se pode denominar “discurso dialógico”, que nada mais é do que a ação racional de estudiosos que, pautados em sistemas lógicos de discurso, interpretam a norma jurídica, abstrata e concretamente, chegando a conclusões de como a aplicação de determinado comando normativo deve se operar pelos juristas.¹⁵

Justamente por operar com ações lingüísticas, mediante confronto de idéias, visando a criar mecanismos para regular a vida em sociedade – ou seja, o discurso jurídico não se dirige apenas aos seus interlocutores, mas, sobretudo, à coletividade – esse modo de pensar o Direito, não como ciência introspectiva, mas como instrumento voltado ao todo, à segurança e à pacificação social, foi que se passou a questionar se do Direito realmente constitui-se em uma ciência.

De fato, é assente o entendimento de que, para constituir-se ciência, o conhecimento da área estudada deve ser sistematizado, o que significa serem metodicamente obtidos e comprovados, com base em

¹³ PERLINGIERI, op. cit., p. 3.

¹⁴ GROSSI, op. cit., p. 18.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 173-174.

princípios e regras próprias¹⁶. Ocorre que, sendo objeto de estudo do Direito os fatos sociais, e sendo estes voláteis, é certo que a Ciência do Direito, por ser interpretativa, deve adaptar-se ao seu objeto para que efetivamente atinja sua finalidade, que é regular a vida em sociedade.

Logo, o método empregado pela ciência do Direito não é estático, tampouco unívoco. Dado que a interpretação é o instrumento por meio do qual se operam a normatividade e a regulação do fato social, a Ciência somente cumpre sua finalidade se for dotada da mesma plasticidade que o fato humano.

De outro lado, não se pode olvidar que a experiência moderna, advinda da era das codificações, provou que a edição desmensurada de uma pluralidade de diplomas normativos, além de fragmentar o Direito, tornou-o ineficaz¹⁷, já que o processo de codificação das normas, iniciado a partir de 1804, avalorativo e que considerava o texto da lei regra universal, ao qual os fatos sociais deveriam se adequar, ordem sistemática e hierárquica que negava a interferência das demais ciências sociais, afastou-se justamente do seu objeto: o fato social.

Percebeu-se que, sendo o Direito ciência social, compete ao seu intérprete o importante papel de extrair da norma seu verdadeiro sentido, alcance e função, o que somente pode ser assegurado por meio de operações lingüísticas que coloquem em discussão uma dada realidade¹⁸. “Daí a necessidade do estabelecimento de normas abstratas que devam fundar-se no próprio homem enquanto razão ordenadora”¹⁹, pautadas em princípios gerais para que, efetivamente, cumpram seu papel social.

Não obstante, a dogmática jurídica e a certeza de uma verdade única, para a ciência, com a separação rígida entre o científico, o social, o ético, o moral etc., tenham respondido (e atendido) às necessidades da sociedade da época (notadamente, os séculos XIX e XX), as novas demandas de uma sociedade de massa, complexa e conflituosa, dinâmica, com ciclos de

¹⁶ Id. *ibid.*, p. 147.

¹⁷ Nesse sentido, José Eduardo FARIA assevera que “*Governabilidade* é um conceito carregado de implicações ideológicas, de conceituação imprecisa e de difícil utilização, em termos analíticos. Historicamente, a noção de governabilidade está associada à incapacidade de um governo ou de uma estrutura de poder de tomar decisões no momento oportuno, sob a forma de programas econômicos, políticas públicas e planos administrativos, e de implementá-las de modo efetivo, em face de uma crescente sobrecarga de problemas institucionais, conflitos sociais e demandas econômicas. Nesse sentido, um sistema político se torna *ingovernável* quando não consegue mais responder a essas demandas, solucionar esses problemas e dirimir esses conflitos de maneira eficaz, mesmo expandindo seus serviços, sua estrutura burocrática e seus instrumentos de intervenção.” (FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 16. Grifos no original) .

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 153-154.

¹⁹ Id. *ibid.*, p. 154.

transformação em escala assustadora, demandaram respostas mais adequadas e satisfatórias para a sociedade e para o próprio Direito.

Afinal, se “Somente quando percebemos que tudo se funda na linguagem, que direito é linguagem, que seu funcionamento desliza sobre pressupostos lingüísticos, é que começamos a perceber os contornos da profunda inovação”²⁰, é certo que não se pode mais conceber o Direito voltado a si mesmo. Antes disso, é Ciência voltada à realização de objetivos sociais, tendo o homem como seu objeto e a linguagem como método.

Da mesma forma que o conhecimento se formula e se reformula constantemente, os fatos e as ciências sociais passam por modificações profundas, de acordo com a relação guardada entre o sujeito cognoscitivo e a realidade que se encontra à sua frente. Isso porque “o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa”²¹, reclamando novas posturas dos operadores jurídicos, a fim de que possam cumprir a função criadora e aplicadora da norma a uma dada realidade social.

Diante do reconhecimento dessa nova realidade, a “discussão-com” – que nada mais é do que uma relação dialógica estabelecida entre duas partes homogêneas e que opera como um filtro interpretativo para a norma, impedindo a compreensão inexata da ordem jurídica, independentemente dos interesses pessoais de seus agentes, já que esses formulam processos lingüísticos cooperativos, desvinculados da intenção de obter benefício particular – ganhou relevância para a própria existência da Ciência do Direito²², desempenhando, atualmente, papel fundamental para dar coesão entre a Ciência e seu objeto²³, visto que, para Gadamer, a linguagem se coloca como “horizonte aberto e estruturado e onde a interpretação faz surgir o sentido”.^{24, 25}

²⁰ STRECK, op. cit., p. 8.

²¹ Id. ibid., p. 17.

²² FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 159-174.

²³ Ainda de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Júnior, como o discurso da Ciência do Direito opera por meio de uma comutabilidade de ações lingüísticas verificadas intersubjetivamente, tendo por objeto a intenção de verdade (condições homólogas de verificação intersubjetiva), a referência à realidade (função descritiva) e o conteúdo informativo (informação a terceiros), as situações comunicativas podem chegar a diferentes conclusões. No entanto, e o que é de salutar importância é que a busca da verdade pela ciência do Direito não é algo pessoal, mas científico, devendo voltar-se para a prática, que nada mais é, senão servir ao meio onde se encontra inserida. (op. cit., p. 153-174).

²⁴ STRECK, op. cit., p. 19.

²⁵ Daí afirma-se que “o processo de produção do sentido (daquilo que é sentido/pensado/apreendido pelo sujeito) do discurso jurídico, sua circulação e seu consumo não podem ser guardados sob um hermético segredo, como se sua *holding* fosse uma abadia do medievo. Isto porque o que rege o

Logo, tem-se que a Ciência do Direito demanda um sistema jurídico positivado, contudo, legitimado, para que se tenha lado a lado dogmática, efetivação e prática. A racionalidade do discurso jurídico, assim, liga-se a processos retóricos e no tratamento dialógico de alternativas lingüísticas de determinada realidade, demonstrando uma correlação funcional de questões que evidenciam que o discurso jurídico não se reduz a meros decisionismos ou operacionalismos.

Nesse sentido, afiguram-se preciosas as lições de Celso Lafer quando pontua:

Com efeito, um direito positivo que tem como uma de suas funções direcionar comportamentos precisa ter informações mais precisas sobre os destinatários das normas e suas condutas. Não pode circunscrever-se a uma análise exclusivamente centrada no ângulo interno da dinâmica de funcionamento da estrutura do ordenamento.²⁶

Além disso, é imperioso reconhecer que, hodiernamente, “embora o direito se manifeste por meio da lei, não se reduz [...] à lei, que é uma simples fonte formal do direito”²⁷, o que significa afirmar que “o direito civil não se esgota na lei, derivando-se também de outras fontes reais, constituídas pelos dois respectivos elementos geradores: elementos experimental e racional”²⁸.

Assim, conquanto o método aplicado pelo Direito não seja unívoco, não se pode ignorar seu eminente caráter científico e a funcionalidade que deve ser extraída dos postulados jurídicos existentes, guardadas as peculiaridades apontadas quanto ao objeto e o método do estudo dessa Ciência.

Decorrência dessa peculiaridade, e justamente por inserir-se entre as Ciências Sociais, o Direito possui como eixo central o conhecimento como consequência do constante discurso

processo de interpretação dos textos legais são as suas condições de produção, as quais, devidamente difusas e oculta(*da*)s, ‘aparecem’ como se fossem provenientes de um ‘lugar virtual’, ou de um ‘lugar fundamental’. Ora, as palavras da lei não são unívocas; são, sim, plurívocas, questão que o próprio Kelsen já detectara de há muito. Por isto, é necessário dizer que, pelo processo interpretativo, não decorre a descoberta do ‘unívoco’ ou do ‘correto’ sentido, mas, sim, “a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade. Não há interpretação sem relação social.” (STRECK, op. cit., p. 19 – grifos no original).

²⁶ Prefácio à edição brasileira do livro: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, LII.

²⁷ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Atualizador: José da Silva Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 8.

²⁸ Id. *ibid.*, p. 8.

dialógico firmado entre os interlocutores, visando a regular a vida em sociedade, impulsionando e sendo impulsionado pelo desenvolvimento social.

Se não existem verdades prontas e acabadas, se o conhecimento e as verdades não são unívocos, e sendo o objeto de estudo do Direito o fato social, insofismável que a tarefa de interpretação e transformação do mundo insere-se em um contexto, logo:

O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). A interdisciplinaridade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a lingüística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.²⁹

É necessário que o intérprete da lei, por meio de operações lingüísticas, efetue revisões críticas dos fundamentos da modernidade jurídica, há muito aceitos de forma submissa, absolutizada³⁰, operando, com isso, a releitura do sistema jurídico, de modo a adaptá-lo às novas realidades e fazer com que a norma jurídica adquira contornos mais plásticos, dando efetiva solução para cada caso concreto.

Não obstante, essa releitura de todo o sistema normativo não pode se dar de forma atécnica ou desapegada do contexto histórico no qual os fatos e o próprio intérprete do Direito encontram-se inseridos, já que as operações hermenêutico-lingüísticas trazem em si, direta ou indiretamente, toda a carga ontológica oriunda de seu desenvolvimento natural.³¹

Com isso, pode-se afirmar, com Boaventura de Sousa Santos, a necessidade de a sociedade contemporânea superar o paradigma do conhecimento regulação para buscar o conhecimento emancipação, partindo do pressuposto de que o conhecimento não é uma forma de domínio da natureza, mas, apenas, relação com ela, o que é feito por meio da troca de experiências e do relacionamento do homem com a realidade que se apresenta.³²

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 14-15.

³⁰ STRECK, op. cit., p. 259.

³¹ Id. *ibid.*, p. 19.

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 23-89.

Em resumo, as dificuldades em construir hoje uma teoria crítica podem formular-se do seguinte modo: as promessas da modernidade, por não terem sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução. Entretanto, as condições que produziram a crise da teoria crítica moderna não se converteram ainda nas condições da superação da crise. Daí a complexidade da nossa posição transicional [...]. Há, pois, que aceitar e celebrar o que existe. Segundo outra posição, que designo de pós-modernidade inquietante ou de oposição, a disjunção entre a modernidade dos problemas e a pós-modernidade das possíveis soluções deve ser assumida plenamente e deve ser transformada num ponto de partida para enfrentar os desafios da construção de uma teoria crítica pós-moderna.³³

O jurista deve enfrentar um grande desafio filosófico para continuar utilizando o Direito como fonte de segurança jurídica, pacificação social, legalidade e divisão dos poderes – conceitos que, no entanto, precisam ser revisitados pelo intérprete em cada caso concreto, a fim de que se possa, efetivamente, conferir-lhes o verdadeiro sentido lingüístico, filosófico e prático a que fazem jus.

Trazendo todas essas concepções para o plano prático, o jurista e o trabalho deste nos meios jurídico e social desempenham papel fundamental no desenvolvimento da ciência jurídica, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que o Direito revela-se como Ciência, dotada por método e objeto próprios, não termina em si mesma.

Ao contrário, é um sistema permeável, que faz constantes trocas de informações com outros sistemas (notadamente, as outras Ciências Sociais), existindo e se aperfeiçoando justamente em razão da existência das demais ciências, da ação do homem e do desenvolvimento social. Afinal, o jurídico deve servir o social, e não o social ao jurídico.

Conforme bem explana Haouriou,

todo o direito não está contido nas regras jurídicas. A história nos mostra o sentido da evolução: dos meios de administração do direito, com sua flexibilidade, com seu caráter cambiante, recém se passou à formulação do direito escrito, à regra do direito. *Fondo de derecho y policia jurídica*: eis aí os termos de um dualismo que domina toda a vida legal criando uma oposição que vemos marcada entre nós hoje em dia mais que nunca.³⁴

Eis a importância que deve ser dada ao Direito, às novas criações, ao fomento da atividade do intérprete, pois, como bem assevera Alberto G. Spota, em

³³ SANTOS, op. cit., p. 29.

³⁴ HAOURIOU apud SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do Direito através da jurisprudência*. Tradução Jorge Trindade. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 36.

passagem na qual se refere ao papel do advogado, mas que aplica-se ao jurista de uma forma geral,

o advogado, que dedica sua ciência e consciência à vida do direito, desempenha uma atividade jurígena enquanto é um fator essencialíssimo na evolução e progresso desse direito [...]. Essa tarefa ética e social do advogado, essa atividade que não se esgota na invocação da lei e em sua aplicação ao caso concreto no qual intervém, senão que conduz para o asseguramento do bem comum, significa o maior respeito pelos valores humanos.³⁵

A par dessas concepções, a Ciência do Direito insere-se no meio social, destinando-se à regulação da vida humana, à relação dos homens consigo mesmos, com seus pares e com o meio onde se encontram inseridos – afinal, o próprio texto constitucional tutela direitos transindividuais e difusos – sendo papel do intérprete, por meio de processos dialógicos, assegurar que o Direito sirva à sociedade, legitimando, assegurando e efetivando direitos.

Isso significa que, conquanto o Direito, como Ciência, apresente contornos próprios, com objeto e métodos de estudo *sui generis*, assim como as demais Ciências Sociais, não se encontra dissociado do meio em que se insere.

Ao contrário, sendo sua função regular o fato social e garantir a convivência humana de forma estável, em um meio ambiente sadio³⁶, inegável que cabe ao intérprete, diante da modificação do modo de ser dos indivíduos e da própria sociedade, desvencilhar-se de velhos conceitos e buscar mecanismos aptos a satisfazerem as necessidades do homem enquanto “ser-consigo” e “ser-com-os-outros”.

Cláudia Lima Marques pontua que “o desafio do presente é superar a crise da pós-modernidade, de forma a reconstruir uma razão para a pesquisa jurídica e viabilizar um avançar do Direito no futuro”³⁷, o que demanda a superação do

³⁵ SPOTA, op. cit., p. 21.

³⁶ Nota-se que a concepção de meio ambiente aqui invocada apresenta justamente o condão previsto no artigo 226 da Constituição Federal, ou seja, vai além do conceito de natureza, envolvendo o meio onde cada pessoa nasce, desenvolve-se e estabelece suas relações sociais. De acordo com Carlyle Popp, “toda a razão da existência da sociedade, da organização do Estado, das preocupações com toda a gama de direitos e deveres, inclusive nos chamados direitos difusos como a proteção ao meio ambiente, resume-se na pessoa humana. É para ela que todas estas preocupações têm alguma razão de ser.” (POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001 (Pensamento jurídico, v. 3). p. 53).

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Cidadania e justiça*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 6, 1. sem. 1999. p. 237.

radicalismo, da intolerância, da passividade científica, muito presentes na própria formação de novos juristas.

É necessário operar a releitura de velhos conceitos jurídicos e de, utilizando-se de discursos dialógicos, buscar mecanismos mais eficazes para a realização do Direito como Ciência e, acima de tudo, como instrumento regulador da vida social.

1.2 RELEITURA DO MODO DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA FRENTE À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Com base nos conceitos já delineados, é possível afirmar que, se a evolução social demanda mudanças na norma jurídica, a alteração de ambos exige do intérprete uma postura diferenciada, tendente a romper com velhos paradigmas e voltada à construção de um pensamento jurídico condizente com a nova realidade.

Daí falar-se na tão propalada releitura que o intérprete deve efetuar da sistemática jurídica como um todo. Ao falar em “re-leitura”, deve-se ter em mente a necessidade do intérprete desvincular-se de velhos conceitos dogmáticos e atentar para a existência de algo novo, diferente, no âmago da norma jurídica, no sistema em que ela está inserida e, principalmente, na sociedade onde o Direito é aplicado.

Para cumprir esse papel, no entanto, imprescindível reconhecer que os velhos conceitos e a dogmática jurídica, da forma como foram edificados, no século XIX por Hans Kelsen³⁸, já não correspondem mais aos anseios da sociedade globalizada³⁹, tornando-se obrigatória a retomada do discurso dialógico, que deve

³⁸ A propósito do tema, vide a obra “Teoria pura do direito”, de Hans Kelsen.

³⁹ Desde a década de setenta do século passado, o mundo vem passando por ciclos econômicos e tecnológicos com uma velocidade avassaladora, resultando na modificação das relações sociais e, conseqüentemente, no modo de se conceber, produzir e aplicar o Direito. O Estado, que assumia postura autoritária e intervencionista desde o final da Segunda Guerra Mundial, viu-se obrigado, a partir da democratização e da abertura de mercados, fruto da globalização, a tomar novas posturas: ao invés de agente e executor das políticas públicas – que, em verdade, invadiam o campo do privado – deixou de figurar como parte nas transações e assumiu o papel de gestor, de “terceiro juridicamente interessado” nos mais diversos campos da economia. Além da decadência do conceito tradicional de soberania, o desequilíbrio das relações de poder político e econômico, o avanço da informática, da engenharia genética e da tecnologia, a desconstrução do Estado tradicional, o desprestígio do Direito positivado, entre tantos outros descompassos verificados no cotidiano, a sociedade encontra-se impregnada por complexidades, perplexidades e paradoxos. Com a abertura de fronteiras, a concorrência passou de nacional para mundial. Superou-se o fordismo e a sociedade passou para a era da informação, na qual a ciência e a tecnologia figuram como fator básico de produção, competitividade e inovação contínua sobre a ordem econômica mundial, transformando o modelo nacional em mundial, constituído por uma complexa rede de mecanismos inter cruzados e interligados de produção, distribuição e comercialização de bens e serviços. A máquina dá lugar à informação e o contato entre as pessoas passa a ser mediado eletronicamente, ao mesmo tempo em que o mundo social se desmaterializa. Paralelamente, cresceram as desigualdades e distorções

voltar-se à nova realidade, acarretando em um novo modo de se conceber, interpretar e aplicar o Direito.

Disso decorre que

a norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.⁴⁰

A realização do Direito, na atual sistemática jurídica, demanda a interpretação de todo o ordenamento jurídico, levando-se em conta o texto constitucional, que funciona como espinha dorsal e norte interpretativo de todo o ordenamento jurídico, notadamente, no que se refere aos princípios e valores norteadores de todo o sistema.

1.2.1 Papel dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais nessa nova ordem de idéias

As constituições escritas apresentam um sentido histórico, político e jurídico de texto fundamental com base no qual se edifica todo o ordenamento jurídico, já que estabelecem a estrutura organizacional do Estado, direitos, deveres e o modo de assegurar tais prerrogativas. Para tanto, constituem-se de regras e princípios que dão coesão ao sistema jurídico, atribuindo seu grau de densidade e destinação à ordem constitucional.^{41, 42}

econômico-sociais causadas pela abertura de fronteiras, pela transnacionalização de mercados e de capitais, com decorrente racionalização organizacional, decisória e operacional das empresas. Conseqüentemente, surgiram problemas jurídicos mais complexos, não solucionados pelo Direito dogmatizado, positivado, unívoco, avalorativo, o que demanda do jurista uma nova postura, tanto frente o fato social, quanto diante da norma jurídica. (DUPAS, op. cit., p. 10-16; ARBUET-VIGNALI, Heber. Contrariedades e incertezas do jus internacional para governar os riscos de uma nova civilização. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco: rede latino-americana e européia sobre governo dos riscos*. Brasília: UniCEUB, UNITAR, 2006. p. 118; LISBOA, Roberto Senise. Direito da sociedade da informação. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 95, v. 847, mai. 2006, p. 79-85; FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 16-45, entre outros juristas que tratam do tema.

⁴⁰ PERLINGIERI, op. cit., p. 12.

⁴¹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 183.

Essa normatividade principiológica do texto constitucional permite que o sistema seja, a um só tempo, aberto e fechado⁴³, conferindo-lhe permeabilidade e segurança jurídica⁴⁴. Nessa ordem de idéias, os princípios ocupam papel de suma importância, na medida em que, como normas dotadas de grau de abstração elevado, dotados de vagueza e indeterminabilidade – o que permite a ação do intérprete –, impositividade e elemento fundante do sistema, já que ditam os

⁴² *Em feliz síntese sobre a função das regras e dos princípios na sistemática jurídica, Luiz Roberto Barroso explica que: “Princípios e regras passam a desfrutar do mesmo status de norma jurídica, sem embargo de serem distintos no conteúdo, na estrutura normativa e na aplicação. Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. [...] Princípios, por sua vez, expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados. Designam, portanto, estados ideais, sem especificar a conduta a ser seguida. A atividade do intérprete aqui será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar. E mais: em uma ordem democrática, princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.” (BARROSO, Luiz Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa*. Revista trimestral de direito civil, a. 4, v. 16, out./dez. 2003, p. 62/63. Grifos no original).*

⁴³ De acordo com a teoria dos sistemas auto-referenciados, desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, a sociedade é o ambiente onde se situam os sistemas parciais, não sendo ela ou os indivíduos que a compõem capazes de influenciar a lógica auto-referenciada e a unidade de cada um dos subsistemas. Assim, o que se passa no sistema não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas, sim, por sua própria unidade, organização, complexidade e relacionamento entre os seus próprios elementos (LUHMANN, Niklas. *O enfoque sociológico da teoria e prática do direito*. Tradução Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. *Seqüência 21 anos: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, Boiteux, n. 28, jun. p. 18). “*Autopoiesis* significa que um sistema reproduz os elementos de que é constituído, em uma ordem hermético-recursiva, por meio de seus próprios elementos. [...] Neste sentido, a comunicação autopoietica do direito transmite, tanto na vida cotidiana como na prática organizada da decisão, a qualidade normativa da comunicação, e reproduz, com isso, a si mesma” (Id. *ibid.*, p. 20). Luhmann afirma que tanto o sistema jurídico, como quanto o científico, devem ser considerados como sistemas auto-referentes: constituem, por si mesmos, tudo aquilo que funciona como uma unidade, estrutura e elementos. Há uma constante produção e reprodução dessa unidade, que diferencia cada sistema dos demais, mantendo-os fechados e auto-regulados, embora interdependentes. Daí porque “é um sistema fechado e aberto: é fechado porque é aberto e aberto porque é fechado.” (Id. *ibid.*, p. 21).

⁴⁴ Nesse sentido, e complementando o raciocínio, Judith Martins-Costa, em raciocínio voltado à interpretação do princípio da boa-fé, mas que se amolda ao raciocínio ora desenvolvido, que “o princípio da segurança jurídica impõe a necessidade de o direito apresentar-se sistematicamente, evitando, na medida do possível, as antinomias decorrentes da multiplicidade de estatutos especiais, decodificantes” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 518). O raciocínio da jurista amolda-se ao pensamento defendido no presente trabalho porque não é crível, hoje, pensar o direito de forma fragmentada. Ao contrário, a visão do sistema se impõe para que seja assegurada a ordem de idéias e a própria segurança jurídica. Sobre a segurança jurídica e suas funções, vide Waldruff, Célio Horst. O mito da segurança jurídica, eficácia vinculante e eficácia persuasiva das súmulas. In: *Reforma trabalhista e sindical: o direito do trabalho em perspectiva*. Sidnei Machado, Luiz Eduardo Gunther (Coord.). São Paulo: LTr, 2004. p. 405-427.

alicerces do sistema jurídico, estruturando-o e assegurando sua coesão⁴⁵, funcionam como as bases sobre as quais todas as demais normas jurídicas devem ser edificadas.

É nos princípios constitucionais que se opera a harmonização, a integração, a interpretação e a aplicação de todo o conjunto normativo que forma a estrutura jurídica do Estado, tanto com relação às regras jurídicas, quanto no que se refere à regulação do fato social.

Em verdade, diz-se que as normas constitucionais são principiológicas, pois trazem em seu bojo diretrizes de interpretação, valores sociais edificados ao *status* de norma jurídica, visando a atribuir efetividade ao sistema jurídico e proporcionar-lhe uniformidade no modo de se conceber e aplicar as normas legais. São, portanto, verdadeiras regras-matrizes com base nas quais toda a sistemática jurídica se constrói e guia a aplicação do Direito ao caso concreto.

É comezinha a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside e intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁴⁶

Daí afirmar-se que violar um princípio é muito mais grave do que infringir uma regra jurídica, eis que o primeiro contém sem seu âmago não apenas uma norma positivada, mas o referencial e o norte interpretativo de todas as normas, constitucionais e infraconstitucionais.

Nas cartas constitucionais editadas no período pós-guerra predomina a visão humanitária do mundo, com a necessária tutela a direitos mínimos do homem⁴⁷, colocando-o como centro e razão de ser da ordem jurídica.⁴⁸ Essa revisitação do conceito e do papel das constituições decorreu do reconhecimento de

⁴⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 166-167.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545.

⁴⁷ Deve-se observar que já nas constituições mexicana e alemã (1917 e 1919, respectivamente) essa característica já era marcante, mas a humanização das relações sociais, decorrente da mudança do centro de convergência das normas constitucionais se deu de forma maciça após as atrocidades cometidas com o ser humano durante a Segunda Guerra Mundial.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20-26.

que as normas constitucionais são normas jurídicas, contudo, dotadas de superioridade hierárquica, com força e alcance superiores às normas infraconstitucionais⁴⁹, dado o grau de abstração e a plasticidade de tais regramentos de adaptarem-se às mudanças ocorridas no meio social.

Nessa seara, tem-se que os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, assim como os princípios de direitos fundamentais, são dotados de eficácia superior às demais normas jurídicas, servindo como verdadeiros nortes interpretativos de todo o ordenamento jurídico⁵⁰. De igual forma, “A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância”⁵¹.

De fato, os direitos fundamentais são, a um só tempo, subjetivos (possibilidade dos seus titulares o imporem em face dos órgãos obrigados) e objetivos (base do ordenamento jurídico), impondo-se como direitos de defesa contra a intervenção do Poder Público (não-impedimento e não-intervenção; de índole positiva ou negativa) e direitos à prestação desse mesmo Poder (exigência de efetivação desses direitos, no que se refere às normas programáticas). Isso porque, hodiernamente, “o indivíduo não possui somente direito de impedir a intromissão (direito a um não agir), mas tem, também, o direito de exigir ações positivas de proteção por parte do Estado”^{52, 53}.

De outro lado, não se pode desconsiderar que a efetivação dos direitos fundamentais somente se realiza com base na atuação conjunta do Estado e dos indivíduos, na medida em que, sendo a garantia de liberdade do indivíduo um direito fundamental, somente se realiza em uma sociedade livre, que tenha o Estado como garantidor de direitos objetivos e subjetivos e, mais que isso, imponha aos próprios indivíduos o dever de observar tais preceitos a si e aos seus semelhantes.

⁴⁹ BARCELLOS, op. cit., p. 16.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

⁵¹ MENDES, op. cit., p. 1.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis: revista de direito processual civil*, v. 1, n. 28, Curitiba, abr./jun. 2003, p. 302-303.

⁵³ Afinal, não apenas a existência de lei, mas também a sua ausência podem caracterizar afronta aos direitos fundamentais (direito ao processo, igualdade etc.), motivo pelo qual insere-se entre as funções do Estado dispor de meios materiais para implementar e efetivar as liberdades fundamentais pelos particulares.

Perlingieri assevera que as normas constitucionais possuem como função estabelecer limites às leis ordinárias, expressar princípios e regras gerais e, ainda, disciplinar determinadas relações jurídicas.⁵⁴

Daí, falar-se na aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas. Não obstante, simultaneamente, “é lícito indagar em que medida podem as entidades privadas deixar-se influenciar nas suas relações jurídicas, por esses elementos de distinção ou de discriminação”⁵⁵, mas torna-se fundamental a intervenção dos Poderes Públicos, visando a assegurar a tutela de direitos fundamentais, principalmente em situações de manifesto conflito entre eles.

Nesses casos, a opção de um direito fundamental em face de outro apenas denota a prevalência de um direito deles, em um caso concreto. Isso significa que a opção pela tutela de um determinado direito não retira a validade, a imperatividade e a eficácia dos demais, tampouco causa anulação deles. O que ocorre é a especial tutela de um bem jurídico considerado, no caso específico, mais relevante, visando a reger as relações entre os particulares, sem a infringência aos direitos fundamentais de outrem.

Gilmar Ferreira Mendes, citando entendimento do Tribunal do Trabalho, aborda a função dos direitos fundamentais da seguinte maneira:

Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública.⁵⁶

Com isso, o reconhecimento da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas coloca-se como um direito do cidadão em face do Estado. Afinal, ao negar a tutela de um direito fundamental do cidadão no caso concreto, o Estado não apenas permite sua infringência, mas também falta com o seu dever de assegurar aos indivíduos o direito de pretensão em face dos Poderes Públicos.⁵⁷

⁵⁴ PERLINGIERI, op. cit., p. 10-12.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 212.

⁵⁶ Id. Ibid., p. 221.

⁵⁷ Id. Ibid., p. 226.

Fala-se, portanto, que os direitos fundamentais impõem-se diante de toda a ordem jurídica, possuindo aplicação imediata, inclusive, entre os particulares, o que demanda diferentes formas de solução no caso concreto. Do magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, extrai-se que

as hipóteses de um conflito entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre os direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteadora pela ponderação dos valores em pauta, almejando um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.” (SARLET, 2005, p. 378).⁵⁸

Essas novas concepções – de norma, princípio, recolocação do homem no centro de convergência e fim único do ordenamento jurídico – fazem emergir um Direito Constitucional, solidário, efetivo e responsável, permeado por uma hermenêutica jurídica constitucional pautada em teorias e argumentações comprometidas com os direitos fundamentais do homem, não apenas sob o prisma das obrigações do Estado em face dos indivíduos, mas dos indivíduos entre si.

1.2.2 Constitucionalização do Direito Civil como ponto de partida para a releitura da sistemática jurídica nacional

No Brasil, com o declínio do modelo liberal-individualista-normativista⁵⁹, vigente a partir do século XIX, decorrente do abismo existente entre a norma e a realidade, fez-se necessária nova postura do intérprete diante do ordenamento jurídico.⁶⁰ Assim, acompanhando a tendência mundial de revisitar velhos conceitos jurídicos, visando a atribuir efetividade a um modelo jurídico fracassado e que ficava muito aquém das necessidades que a sociedade contemporânea – e mesmo da informação – demandavam, a Carta Constitucional de 1988 instaurou uma nova ordem principiológica, pautada no homem como centro e razão de ser do ordenamento jurídico.

⁵⁸ BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 104.

⁵⁹ STRECK, op. cit., p. 34-35.

⁶⁰ Id. *ibid.*, p. 33.

De fato, o que se verificou ao longo dos dois últimos séculos – ou seja, desde o início das codificações – foi a priorização do “ter” sobre o “ser”, conduta que acarretou na reificação do ser humano em face da ordem jurídica.

Essa patrimonialização das relações civis, contudo, não ocorreu de forma desordenada ou como se o homem estivesse alheio aos valores sociais. Como tudo na sociedade, essa mudança de paradigma do Direito Privado decorreu da filosofia instaurada, principalmente em decorrência da Revolução Francesa, quando a burguesia necessitava proteger seu patrimônio em face das arbitrariedades praticadas pela nobreza e pelo Estado.

Criaram-se códigos que tinham por objeto a proteção dos bens dos indivíduos e primavam pela prevalência da vontade das partes e sua autonomia no momento da contratação ao invés da lei, justamente porque acreditava-se que, assim como o mercado, os contratos poderiam se regular, independentemente da atuação do Estado. Seguindo essa filosofia, as partes eram vistas como equânimes e não existiam grandes esforços ou preocupação com o indivíduo como pessoa humana, pois entendia-se que, ao proteger o patrimônio privado e a vontade de cada um, os demais direitos e liberdades individuais também estariam protegidos.

Com o passar dos anos, diante da inefetividade das normas jurídicas, foram criados microssistemas normativos^{61,62}, visando a sanar imprecisões detectadas no ordenamento jurídico, os quais apenas aumentaram o abismo existente entre o dever-ser e a realidade. Paradoxalmente, a lei passou a ter mais força vinculante do que a Constituição, fato que acarretou no descompasso entre o jurídico e a realidade social.

Como reação a essa crise jurídico-institucional, tendo como cerne a crise da pessoa humana, relegada a figura secundária face à prioridade conferida ao patrimonialismo, fez-se necessário repensar o Direito e recolocar o homem em uma dada ordem de idéias fundadas na tutela da pessoa humana. Paralelamente, surgiu um movimento para assegurar eficácia mínima às normas constitucionais, buscando a tutela do pessoal e do social, antes do patrimonial, passando a Constituição a

⁶¹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

⁶² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 97.

ocupar o centro do ordenamento jurídico, servindo como parâmetro para a interpretação, aplicação e compreensão de todo o direito infraconstitucional⁶³.

Conforme acima já se expôs, essa viragem paradigmática ocorrida no Direito acarretou ruptura em parte substancial do pensamento jurídico em vigor nos séculos XIX e XX e instaurou uma nova ordem de idéias, calcada em princípios éticos, na humanização das relações sociais, no solidarismo e, acima de tudo, na dignidade da pessoa humana.⁶⁴

A constitucionalização e a repersonalização do ordenamento jurídico trazem consigo a premissa da falência do sistema codificado⁶⁵, o que demanda uma ressistematização do pensamento jurídico, na medida em que o Código Civil deixa de estar no centro da construção do direito privado⁶⁶, cedendo espaço à Constituição e aos princípios nela consagrados, o que requer uma leitura politicamente atualizada do Direito, aproximando-se a Constituição de todo o ordenamento jurídico⁶⁷.

Com essa mudança de concepções e do modo de interpretação do fato jurídico e da própria norma, “o conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento como qual se opera”⁶⁸, qual seja, aquele voltado à tutela do cidadão e da dignidade da pessoa humana, na medida em que

a releitura do Direito Civil, por intermédio da Carta, contribui para a superação da fratura entre a produção científica e a realidade prática, visando à adequação de conceitos e categorias às exigências de uma sociedade que, rapidamente, se transforma.⁶⁹

Tal processo somente se concretiza a partir do momento em que o jurista coloca a Constituição no topo e eixo central de todo o ordenamento jurídico e interpreta todas as demais normas como decorrência a Lei Maior, sendo o

⁶³ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 47.

⁶⁴ SARMENTO, op. cit., p. 77.

⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 7.

⁶⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 87.

⁶⁷ Id. *ibid.*, p. 88.

⁶⁸ PERLINGIERI, op. cit., p. 5.

⁶⁹ NALIN, op. cit., p. 89.

respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República [...] a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.⁷⁰

De fato, hodiernamente, não é mais possível – embora haja relutância por parte dos aplicadores do Direito – interpretar a legislação infraconstitucional sem levar em consideração toda a carga valorativa e principiológica contida na Constituição Federal^{71,72}; tampouco desconsiderar os objetivos e fundamentos do Estado e da República Federativa do Brasil.

Há necessidade de romper com velhos paradigmas e olhar o novo com os olhos de novo, sob pena de fazer letra morta a riqueza da ordem principiológica constante da Constituição Federal, a qual passa a fazer parte da funcionalidade sistêmica e influencia todo o Direito Privado.

Como se vê, a “constitucionalização do Direito Civil representa um dos caminhos possíveis para a eleição de um novo paradigma de renovação dos institutos privados”⁷³, já que busca nos princípios constitucionais a efetivação das normas jurídicas, o pensar, o repensar e o aplicar o Direito de maneira que cumpra sua função social, que é promover a paz social por meio da prevenção ou da justacomposição das lides instauradas entre particulares ou entre estes e o Estado.⁷⁴

Conforme bem pontua Paulo Luiz Netto Lôbo, o Direito Civil colocava-se como o *locus* normativo do indivíduo, apartando-se do Direito Constitucional. No entanto, a realidade demonstrou que o Direito Civil não é estático, atemporal, nem “desideologizado”, dado que mesmo os atos civis devem encontrar amparo

⁷⁰ PERLINGIERI, op. cit., p. 6.

⁷¹ SARMENTO, op. cit., p. 70-78.

⁷² De acordo com Paulo Nalin, a despatrimonialização do Direito Civil coloca em primeiro plano a realização de valores superiores, previstos constitucionalmente, como a dignidade da pessoa humana, que se coloca na base do trapézio que substitui a pirâmide normativa. Essa releitura do Código Civil a ser efetuada pelo aplicador da norma implica num afastamento do individualismo e do patrimonialismo contratual, adequando-o à moldura dos direitos fundamentais da pessoa humana (NALIN, op. cit., p. 36). No mesmo sentido, Teresa Negreiros sustenta que “a ‘despatrimonialização’ do direito civil dá-se a partir da funcionalização das relações intersubjetivas – domínio próprio da civilística – a princípios e valores como os da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da igualdade substantiva” (NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 171).

⁷³ NALIN, op. cit., p. 32.

⁷⁴ De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo, “a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional,” (LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Constitucionalização do direito civil*. *Mundo jurídico*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_civil.htm>. Acesso em: 26 out. 2006.

constitucional para que sejam dotados de validade jurídica. Por isso, a viragem paradigmática consistente na interpretação das leis à luz da Constituição – e não mais desta à luz daquelas – acarreta a elevação de princípios civis ao nível constitucional e a revisitação de velhos conceitos, operando-se profundas transformações no conteúdo e fins, principalmente, no direito das obrigações.⁷⁵

De acordo com Paulo Velten, esse novo direito privado funcionaliza-se com base no perfil constitucional e tem como vetores os princípios da dignidade da pessoa humana, da socialidade e da solidariedade.⁷⁶ Com isso,

a inquestionável eficácia direta dos direitos fundamentais sobre o direito privado, assim como a vinculação imediata do legislador ordinário e do aplicador da lei aos princípios e valores insertos na Constituição, impõem a sistematização e o aprofundamento dos estudos de uma nova disciplina, a que se tem chamado de direito civil constitucional, cujo termo inicial pode ser a análise de conceitos já lapidados pela doutrina [...].⁷⁷

Os princípios constitucionais colocam-se, assim, frente ao Direito Civil, como filtros interpretativos, dada a imposição de sua primazia axiológica diante de todo o sistema jurídico⁷⁸, servindo como centro referencial sobre o qual todas as normas devem gravitar⁷⁹.

Ao mesmo tempo, e em um movimento dialógico, as normas de Direito Civil devem iluminar o sentido e o alcance dos princípios constitucionais. Para Carlyle Popp,

o Direito Privado, como todas as partes do Direito, sofre grande influência da Constituição. Não obstante, os princípios fundamentais do Direito Privado também oxigenam a norma constitucional em um caminho de mão dupla. Significa dizer que na interpretação dos preceitos constitucionais deve ser considerado o ordenamento como um todo, inclusive os princípios de direito privado, a fim de harmonizá-los entre si.⁸⁰

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1-3.

⁷⁶ VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusulas limitadoras da liberdade contratual. In: NERY, Rosa Maria Andrade (coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1. p. 415.

⁷⁷ Id. *ibid.*, p. 415.

⁷⁸ CANOTILHO, op. cit., p. 171.

⁷⁹ SARMENTO, op. cit., p. 88.

⁸⁰ POPP, op. cit., p. 50.

Transpondo esse raciocínio para o texto constitucional, de fato, ao assegurar como fundamentos do Estado e objetivos fundamentais da República – artigos 1º⁸¹ e 3º⁸² do texto constitucional – a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, o solidarismo e a erradicação da pobreza, entre outros princípios também de substancial importância para o desenvolvimento da nação –, a Constituição Federal atribui ao jurista a missão de compatibilizar o texto infraconstitucional com essa nova ordem de idéias que deve reger o sistema jurídico⁸³, assegurando direitos sociais, função social e normas aptas a garantir a proteção dos direitos fundamentais, entre os quais o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.^{84,85}

Com isso, “a Constituição é posta no centro do sistema, passa a ter eficácia normativa e todas as regras infraconstitucionais do ordenamento, inclusive as de direito privado, devem ser interpretadas conforme a Constituição”⁸⁶, o que nada mais representa senão “a renovação da estrutura da sociedade, e [...] a adaptação a uma nova realidade econômico-social, em que os padrões tradicionais foram drasticamente alterados, com a internacionalização das relações econômicas e sociais”⁸⁷.

Afinal, o Direito insere-se entre as ciências sociais justamente porque tem como papel fundamental servir à sociedade, competindo ao intérprete da norma

⁸¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁸² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 107.

⁸⁴ VELTEN, op. cit., p. 424.

⁸⁵ De acordo com Lôbo, “A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário”. (LÔBO, 2005, p. 7).

⁸⁶ VELTEN, op. cit., p. 424.

⁸⁷ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 11.

fazer com que esta cumpra sua finalidade. Com isso, obviamente, não se pode conceber o patrimônio e as relações econômicas como fins em si mesmos, mas, antes, como meio de realização da dignidade da pessoa humana.⁸⁸

Justamente em decorrência desse pensamento e tendo em vista a efetivação dos fundamentos e objetivos do Estado, devem ser analisados em harmonia os princípios constitucionais econômicos, inseridos no artigo 170 da Constituição Federal⁸⁹. Com base na atual sistemática constitucional e adotando-se as concepções de Luhmann sobre a teoria dos sistemas autopoieticos⁹⁰, a economia, a política, o direito, a moral etc. apresentam-se como microssistemas inseridos em uma dada sociedade e destinam-se a fomentar seu desenvolvimento; portanto, devem corroborar para o bem comum.⁹¹

Assim, ao mesmo tempo em que o jurista deve enveredar esforços para garantir a máxima eficácia do texto constitucional no que se refere ao desenvolvimento nacional – o que, em tempos de economia globalizada, demanda o fomento à atividade empresarial, à livre iniciativa e à livre concorrência, visando, sobretudo, à promoção do bem-estar social em níveis individual, coletivo e transindividual – é atribuída a ele a árdua missão de compatibilizar os princípios constitucionais entre si, dada sua funcionalidade⁹².

Para Carmem Lucia Silveira Ramos,

⁸⁸ SARMENTO, op. cit., p. 115.

⁸⁹ Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁹⁰ Vide nota 43.

⁹¹ Por esse motivo, para Niklas Luhmann, a sociedade é o ambiente onde se situam os sistemas parciais (cada uma das ciências), não sendo ela ou os indivíduos que a compõem capazes de influenciar a lógica auto-referenciada e a unidade de cada um dos subsistemas. Todos os subsistemas são delimitados, auto-referenciados, porém, interdependentes, tendo em vista estarem inseridos em um mesmo ambiente, que é a sociedade.

⁹² SARMENTO, op. cit., p. 120.

conseqüência peculiar do caráter anacrônico deste modelo é a valorização do operador jurídico, de sua atuação, na medida em que o obriga a seguir na direção para que apontam as transformações pela quais passa a sociedade no momento histórico presente, afastando-o do apego aos dogmas e às categorias tradicionais do direito, à pena de declínio e exclusão profissional.⁹³

Como se vê, a humanização das relações sociais, ao lado da necessidade premente de se criar um ambiente econômico propício ao desenvolvimento nacional colocam-se como os grandes pilares sobre os quais o sistema civil-constitucional deve ser construído. Conseqüentemente, compete ao jurista desenvolver métodos interpretativos que preservem, de um lado, referidos vetores do ordenamento jurídico e, de outro, dêem efetividade e compatibilizem as normas infraconstitucionais, editadas antes e após o atual texto constitucional.

1.2.3 Inserção da dignidade da pessoa humana no sistema civil-constitucional

Dadas as considerações até agora efetuadas, percebe-se que a interpretação do sistema jurídico demanda sua análise como um todo, sendo que toda norma deve ter sentido e alcance determinados tendo em vista os princípios contidos na Carta Constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana, surgido com o cristianismo, ganhou relevância com os ideários humanistas que colocaram o ser humano como elemento decisivo na elaboração do conhecimento, como fim em si mesmo, autodeterminado⁹⁴.

Com base no princípio, existe uma ordem moral, responsável pela tutela aos direitos intrínsecos ao homem, que não podem ser relativizados pelo Estado ou pela sociedade, colocando a pessoa humana como destinatária da ordem jurídica e como um fim em si mesma, surgindo como “um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano.”⁹⁵ Decorrente disso, apresenta-se a dignidade como vetor e valor unificador de todos os princípios

⁹³ RAMOS, op. cit., p. 12.

⁹⁴ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2.

⁹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 103.

fundamentais⁹⁶, notadamente, os direitos civis, econômicos e sociais, constituindo-se verdadeiro princípio fundante da ordem constitucional.

A colocação da dignidade da pessoa humana como centro de convergência da ordem jurídica e vetor interpretativo do sistema ganhou especial relevância após a Segunda Guerra Mundial, justamente em reação às atrocidades cometidas contra o ser humano pelos nazistas.

Nelson Rosenvald pontua que “se o fim natural de todos os homens é a realização de sua própria felicidade, não basta agir de modo a não prejudicar ninguém”⁹⁷, sendo que “reconhecer-se no outro é o critério fundamental para a construção da identidade do sujeito”⁹⁸.

Complementando, Daudet⁹⁹ afirma que

é o bem-estar de cada indivíduo que constitui a sua finalidade última. Assim, articulam-se o direito do desenvolvimento social, no sentido de um processo que conduz à ampliação das possibilidades oferecidas a cada um, segundo a definição do seu criador, o PNUD, e o conceito de desenvolvimento social, constituído pelo conjunto de políticas relativas aos setores sociais tradicionais (educação, saúde, habitação...), à distribuição dos bens e serviços, à igualdade de oportunidades, às modalidades de participação dos grupos e coletividades os processos de desenvolvimento. O desenvolvimento social manifesta-se, assim, como um meio a serviço de uma finalidade, que é o desenvolvimento humano.

A dignidade coloca-se, portanto, como núcleo central do sistema jurídico ou “epicentro axiológico da ordem constitucional”¹⁰⁰, servindo sua força normativa como diretriz para a harmonização de outros princípios e regras jurídicas, vinculando o Estado e os indivíduos a um mínimo existencial¹⁰¹, essencialidade indisponível, que leva em conta a solidariedade e a funcionalização do Direito, abaixo da qual o homem é reificado.

Sendo princípio ético-geral, funciona como viga-mestra do sistema jurídico, dando-lhe coesão e referencial ético-moral, condicionando e iluminando a interpretação das normas jurídicas, dando coesão ao sistema em decorrência de seu fator aglutinante.¹⁰²

⁹⁶ BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, op. cit., p. 48.

⁹⁷ ROSENVALD, op. cit., p. 7.

⁹⁸ Id. *ibid.*, p. 7.

⁹⁹ DAUDET apud BESSA, op. cit., p. 54.

¹⁰⁰ SARMENTO, op. cit., p. 110.

¹⁰¹ BARCELLOS, op. cit., p. 191-200.

¹⁰² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38.

Para Ingo Wolfgang Sarlet,

a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético-moral, mas que constitui norma jurídica positivada dotada [...] de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica [...].¹⁰³

Sendo a dignidade da pessoa humana ponto de partida para a interpretação e aplicação de regras e princípios jurídicos, sua colocação como objetivo do Estado e valor axiológico a ser perseguido por todos demanda uma constante oxigenação do sistema e, conseqüentemente, constante valoração dialógica do intérprete, sempre tendo como pano de fundo a segurança jurídica. Com isso, tem-se que todos os princípios, inclusive os relativos à constituição do Estado, aos direitos fundamentais, sociais e transindividuais, além de toda sistemática jurídica infraconstitucional, devem passar pelo crivo da dignidade para que sejam legitimamente aplicados pelo Direito, servindo como verdadeira regra à ponderação de todos os demais princípios assegurados pela ordem jurídica.

Ao tratar da força vinculante do princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos fundamentais e o sistema jurídico, Chaïm Perelman¹⁰⁴ pondera que

com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estágio moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de direito.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e princípios fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 71-72.

¹⁰⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 400/401.

Diante dessas concepções, pode-se reconhecer que a efetivação dos princípios norteadores relacionados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal devem ser aplicados de maneira a garantir o desenvolvimento pessoal do indivíduo – por meio do exercício da liberdade de iniciativa, do desenvolvimento psicossocial da pessoa humana, do pleno emprego, da erradicação da pobreza etc. – fatores que, agregados, geram desenvolvimento econômico e sobrepõem a importância da realização pessoal dos indivíduos como elemento para o bem estar da nação¹⁰⁵, já que os artigos 1º, III e 170 da Constituição Federal tutelam o valor social da livre iniciativa, da livre concorrência e do trabalho, princípios representativos da realização da dignidade da pessoa humana.

Eros Roberto Grau¹⁰⁶ pondera que, como a ordem econômica nacional “deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar”, sendo a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político a forma de realização do princípio da dignidade, considera-se que a valorização do trabalho humano e o reconhecimento do valor social do trabalho, “em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica”¹⁰⁷, sendo sua realização prioridade frente aos demais princípios da economia de mercado.

Complementando esse raciocínio, Dinaura Godinho Pimentel Gomes assevera que

com efeito, a Lei Maior proclama, no art. 1º, inc. IV, o valor do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, e, no art. 170 *caput*, estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano. Assim, ao ser também elencada como um dos fundamentos da República, a livre iniciativa é tomada singelamente, ao passo que o trabalho é visto de modo valorizado, como irradiação da própria dignidade humana. Nesse contexto, a empresa deve ser considerada efetivamente como organização de pessoas para um fim comum. Com essa percepção, torna-se mais viável o pleno exercício da Democracia, no âmbito dessas organizações produtivas, cujo apelo advém das forças mais profundas a modelarem a sociedade global, em busca da autonomia individual e da emergência de uma cidadania mais reflexiva. As empresas assim estruturadas podem muito bem agir em parceria com o Estado, fomentando e fortalecendo diferentes formas de solidariedade.¹⁰⁸

¹⁰⁵ BARCELLOS, op. cit., p. 166.

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232.

¹⁰⁷ Id. *ibid.*, p. 235.

¹⁰⁸ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica: problemas e perspectivas*. São Paulo: LTr, 2005. p. 145.

Logo, é acertado reconhecer que a dignidade e os direitos humanos concretizam-se diuturnamente, ao realizarem os direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive o da livre iniciativa, do solidarismo e do valor social do trabalho.

De igual forma, os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana encontram-se umbilicalmente ligados, pois a dignidade revela-se como o somatório da cidadania (direito a ter direitos) com a própria aptidão de adquirir direitos¹⁰⁹, levando em consideração, sobretudo, que sem a tutela do homem e, portanto, sem sua colocação como centro da ordem jurídica, o Direito não se justifica, nem tem razões para existir¹¹⁰.

Diante de todas essas considerações, nota-se que o intérprete e aplicador da norma deve levar em conta, sempre, que a dignidade figura como filtro interpretativo de todo o ordenamento jurídico, ou seja, dos direitos humanos e os direitos da personalidade, núcleo essencial dos direitos fundamentais, tendo por escopo, sempre, a criação de um ambiente sadio para o desenvolvimento de uma sociedade justa, dotada de segurança jurídica para as presentes e futuras gerações, sendo missão dos juristas criar instrumentos que, coordenados entre si, sirvam para impulsionar o desenvolvimento individual e nacional, ao mesmo tempo em que se coloque como meio para a efetivação dos direitos humanos¹¹¹.

1.2.4 Ordem econômica como instrumento de efetivação dos direitos civis-constitucionais

Ao lado da dignidade da pessoa humana, não como vetores, mas como preceitos fundamentais à manutenção da ordem jurídica do bem-estar geral, colocam-se os princípios constitucionais econômicos, previstos no artigo 170 da Constituição Federal e que, interpretados sob o prisma dos fundamentos e objetivos do Estado, apresentam-se como verdadeiros mecanismos para assegurar a ordem jurídica e guiam o intérprete para a aplicação do Direito em prol do bem comum, fazendo com que a ciência jurídica cumpra sua função social.

¹⁰⁹ SARMENTO, op. cit., p. 123.

¹¹⁰ ROSENVALD, op. cit., p. 31-34.

¹¹¹ BESSA, op. cit., p. 92.

O Direito Constitucional Econômico ganhou relevância nas Constituições contemporâneas principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência da abertura de mercados ocorrida com a implantação do Plano Marshall, pelos Estados Unidos, como meio de reconstruir e fortalecer a Europa do pós-guerra. Iniciava-se, com isso, o processo de globalização econômica.

Washington Peluso Albino de Souza¹¹² leciona que houve a adoção, pelas cartas constitucionais, de capítulo tratando especificamente da ordem econômica e social, fato que revela a preocupação política no desenvolvimento do país e da nação como um todo, um dos pilares sobre os quais a nova ordem constitucional deve ser erigida.

Direito e Economia passaram a ser estudados como ciências interdependentes, na medida em que um e outro regulam a vida em sociedade, realizam-se no cotidiano da sociedade e se imbricam, não havendo como deixar de reconhecer a influência de uma ciência sobre a outra, estando ambas voltadas à consecução de objetivos comuns, que é regular, de forma saudável, a vida em sociedade – o que vai além da regulação e da tutela meramente patrimoniais.¹¹³

Ainda com Washington Peluso Albino de Souza, “o econômico e o jurídico se interpenetram, de um modo que não importa reciprocidade automática, isto é, na obrigatoriedade de reação igual e contrária, verificadas na interação”¹¹⁴.

Assim,

se tivermos em mente que um fato só pode ser considerado econômico em função da repercussão que terá na atividade econômica, e que esta se constitui de condutas que se verificam no meio social, condutas que adotam um determinado valor como referencial, e que tal valor surge da ponderação dos interesses em conflito na sociedade e estabelecido já que é ao Direito que incumbe dita ponderação, para que o interesse tido por mais valioso se realize, a relação entre Economia e Direito se torna patente.¹¹⁵

Logo, entende-se que ao Direito compete a tarefa de reger fatos sociais, cumprindo o desiderato da justiça, levando em conta o que esses fatos também são regidos por fatores econômicos. Embora apresentem fundamentos e finalidades distintos, ambas as ciências clamam por justiça, o que, em conformidade com a

¹¹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 1994. p. 44

¹¹³ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

¹¹⁴ SOUZA, op. cit., p. 144.

¹¹⁵ Id. ibid., p. 53.

atual sistemática constitucional, coloca-se como “igualdade de oportunidades”¹¹⁶, visando a fomentar o desenvolvimento integral.

O reconhecimento dessa nova postura, adotada por ambas as ciências – Direito e Economia – exigiu dos legisladores e juristas, principalmente no pós-guerra, a adoção de políticas econômicas voltadas à consecução do bem comum, as quais, atualmente, encontram-se descritas nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal, entre outras normas principiológicas esparsas, contidas no texto da Lei Maior, que visam a fomentar a adoção de medidas de condução e interação entre os agentes públicos e privados, visando à promoção de bens individuais e comuns.

Assim é que, hodiernamente, a leitura da Constituição Federal deve ser feita de forma sistêmica, levando em conta seu caráter eminentemente principiológico, competindo ao intérprete a extração da máxima eficácia de cada um de seus dispositivos legais.

Justamente em decorrência desse novo método de se conceber e aplicar a norma constitucional, os fundamentos do Direito e da Economia devem ser levados em consideração quando da aplicação das normas infraconstitucionais. Afinal, destinando-se todas elas à consecução da existência digna, indubitavelmente a leitura dissociada dos textos constitucional e legal acarreta a ineficácia do Direito como ciência voltada ao bem-estar e ao desenvolvimento da humanidade.

Sob esse prisma, não se pode conceber a livre iniciativa, o direito à concorrência e os direitos dos consumidores dissociados da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais, da busca pelo pleno emprego, enfim, da dignidade da pessoa humana. Liberdade, igualdade em sentido material e solidarismo colocam-se, assim, como vetores para guiar a atividade dialógica do intérprete na busca da realização dos objetivos previstos na Constituição Federal, não porque se encontram inseridos na Lei Maior – ou seja, em decorrência de aspectos formais –, mas sobretudo porque a Carta reflete os anseios do homem como indivíduo e sociedade; como reconhecimento do valor da pessoa humana e da importância do desenvolvimento material e psicossocial para que sejam efetivamente atendidos os princípios morais e éticos previstos no texto constitucional.

¹¹⁶ PETER, op. cit., p. 72.

Assim que, para propiciar o desenvolvimento, devem-se remover as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.¹¹⁷

Como o desenvolvimento liga-se à dignidade e à justiça social – mesmo porque, um país pode crescer sem se desenvolver –, é certo que a realização dos fins econômicos (diminuição da pobreza, do desemprego, da desigualdade, da saúde, educação, moradia etc., ou seja, aumento da qualidade de vida) este deve ser o objetivo do Estado de Direito. Daí o teor do artigo 170 da Constituição Federal, o qual prevê o necessário desenvolvimento econômico como fim do Estado, primando pela realização dos fins e objetivos do Estado, colocados em relevo entre os princípios fundamentais erigidos na Carta de 1988.¹¹⁸

Todas essas colocações tendem a evidenciar que a atual sistemática jurídica erige-se sobre o respeito à dignidade da pessoa humana, a qual encontra limites no próprio convívio social. Por atrair a realização dos direitos fundamentais do homem em todas as suas dimensões, a dignidade faz com que se realizem os direitos fundamentais do homem em todas as suas dimensões, devendo a ordem econômica operar em prol desse princípio e em busca da realização dos direitos fundamentais.¹¹⁹

1.3 EMPRESA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A revolução socioeconômica e cultural pela qual a Europa passou após as Revoluções Francesa e Industrial, com alteração generalizada da ideologia até então vigente, a abertura de novos mercados, a associação de pessoas, com o escopo de, juntas, atuar no mercado econômico e a necessidade de se atribuir segurança a pessoas físicas culminou no surgimento da pessoa jurídica, ente dotado de personalidade jurídica própria, distinta da de seus sócios, inaugurando um sistema dotado de maior segurança diante da autonomia e distinção patrimonial entre um e outro.¹²⁰

¹¹⁷ PETER, op. cit., p. 80.

¹¹⁸ TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 164-168.

¹¹⁹ PETER, op. cit., p. 176.

¹²⁰ Com a criação desse novo instituto, os juristas da época passaram a formular teorias que correspondessem aos ideais fático-econômicos então exigidos. Surgiram inúmeras terminologias para

Embora o conceito de empresa seja relativo, na medida em que se coaduna com o momento histórico e local onde é aplicado^{121,122}, não se pode olvidar de sua importância para o desenvolvimento da Economia, do Direito e da sociedade. Tanto que é objeto de especial tutela no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, no Código Civil, em seu artigo 44, II (que trata das pessoas jurídicas de direito privado) e no Livro II do Código Civil, que versa sobre o Direito de Empresa, ou seja, da forma como as sociedades – personificadas ou não – constituem-se, organizam-se e atuam no mercado econômico, com vistas a promover a produção ou circulação de bens ou de serviços.¹²³

Embora represente importante elemento da realidade social, política e econômica, senão sua célula fundamental, o conceito de empresa, ainda hoje, não é único ou adequado.¹²⁴ Ao longo dos anos, tanto a legislação quanto a doutrina

o novo ente, o qual passou a ser designado como “pessoas morais (no direito francês), como pessoas coletivas (no direito português), como pessoas civis, místicas, fictícias, abstratas, intelectuais, de existência ideal, universais, compostas, universidades de pessoas e de bens” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3. p. 116), no intuito de personificar entes diversos das pessoas naturais, até então únicas comerciantes.

A concepção de pessoa jurídica como “sujeito de direito incorpóreo e personalizado” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 83), dotado de aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, independentemente da pessoa dos sócios que a compõem, foi um divisor de águas e fator determinante para a revolução econômica pela qual o mundo começou a passar.

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 36.

¹²² Existem inúmeras teorias tentando explicar, de forma juridicamente satisfatória, a natureza jurídica da empresa (COELHO, 1989, p. 66 e ss.; JUSTEN FILHO, 1987, p. 36; SZTAJN, Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 88, v. 762, abr. 1999, p. 85). A mais famosa, citada com frequência pela doutrina, é a que considera a empresa um “fenômeno poliédrico”, de Asquini, que deve ser analisado nos perfis subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo. A partir da análise da empresa sob todos esses ângulos, reforça-se a idéia de que o conceito jurídico de empresa decorrendo de sua acepção econômica. (FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 670-671).

¹²³ MARIANI, Irineu. Direito de empresa, atividade empresarial, empresa e empresário (à luz do novo Código Civil). *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 95, v. 844, fev. 2006, p. 33.

¹²⁴ De acordo com Rubens Requião, a empresa tem diversas conotações. Sob o ponto de vista econômico, organismo que explora atividade especializada, mediante a organização dos fatores de produção e a combinação de elementos pessoais e reais, para o fim de satisfazer às necessidades alheias e fins do mercado, desenvolvida profissionalmente. Sobre esse conceito econômico de empresa, o jurídico se constrói a concepção jurídica de empresa, que parte da importância da atividade organizada desempenhada por tais entes, com o escopo de, por meio da utilização de bens materiais e imateriais, exercer uma atividade produtiva relevante para a economia, os consumidores, os trabalhadores, o Estado e o empresário (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1. p. 49-61).

utilizaram do termo “empresa” com diversas conotações e de acordo com “as concepções em vigor no plano econômico e com a ideologia política dominante”.¹²⁵

De qualquer forma, a conotação que se emprega para fins do presente trabalho é a de empresa como pessoa jurídica de direito privado, constituída na forma de sociedade, dotada de personalidade jurídica e, portanto, sujeita a direitos e obrigações, com limitação da responsabilidade dos sócios que a compõem, cujo objetivo é o desenvolvimento de atividade econômica lucrativa.

Com o crescimento das empresas e do poderio que exercem sobre o mercado econômico globalizado, estas abandonaram a concepção de meras produtoras ou transformadoras de bens e serviços e adquiriram o *status* de poder. Paulo Roberto Colombo Arnoldi e Taís Cristina de Camargo Michelan pontuam o seguinte:

Com o processo de globalização e regionalização da economia, a empresa passa a desempenhar papel fundamental na sociedade contemporânea. Dela depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa do Brasil e nos países desenvolvidos ou em desenvolvimento. É dessa instituição social que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo mercado, além de prover o Estado da maior parcela de suas receitas fiscais.¹²⁶

Essa mudança de concepção da empresa, de ente jurídico criado para tutelar os interesses dos sócios que a compõem, para instituição social apta a desempenhar papel fundamental para o desenvolvimento econômico-social como um todo, traz repercussões de caráter instrumental. Principalmente porque como “força sócio-econômica-financeira [...] com enorme potencialidade de emprego e expansão [...], a empresa moderna cada vez mais obtém para si funções antes inerentes ao Estado”¹²⁷ e, via de conseqüência, atrai para si um dever, uma função ou uma finalidade que outrora pertencia ao Poder Público.

Embora ainda exista controvérsia na doutrina acerca da existência e dos limites da função social da empresa¹²⁸, torna-se obrigatório reconhecer que se trata

¹²⁵ MEZZANOTTI, Gabriela. *A disciplina da empresa: reflexos da autonomia privada e da solidariedade social*. Novo Hamburgo: Feevale, 2003. p. 19.

¹²⁶ ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. XXXIX, v. 117, jan./mar. 2000, p. 157.

¹²⁷ Id. *ibid.*, p. 159.

¹²⁸ Entre os juristas que negam a existência de uma função social para a atividade desenvolvida pela empresa, citam-se Fabio Konder Comparato e Fábio Leandro Tokars, para atribuem à propalada funcionalidade da empresa conotação assistencialista. (TOKARS, Fábio Leandro. *Função social da*

de poder-dever imposto ao ente responsável pela circulação de riquezas, que guarda consigo uma funcionalidade que deriva, justamente, do exercício do direito de propriedade, tutelado em nível constitucional nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e no próprio artigo 170, que trata dos princípios da ordem econômica nacional. Envolvendo a atividade empresarial o exercício do direito de propriedade¹²⁹, é certo que não pode se desligar da funcionalidade constitucional que lhe é imputada.

Assim, por função social da empresa, entende-se a união dos conceitos de dever jurídico – conjunto de regras e princípios que demandam a realização de condutas – e de direito subjetivo – situação em que o indivíduo tem tuteladas para si determinadas vantagens, formalmente garantidas, mas que não são facultativas – que, juntos,

servem de instrumento para que produzam determinados efeitos jurídicos, exigíveis através da atuação estatal, e significam o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que se atenda ao interesse público, não apenas no sentido de não impor restrições ao exercício desse direito, mas também no sentido de acarretar uma vantagem positiva e concreta para a sociedade.¹³⁰

Embora o direito subjetivo e o dever jurídico se encontrem, constantemente, em contraposição, ao falar em função social, “ocorre uma superposição dessa estrutura de direito-dever em ambas as direções”¹³¹, sobrelevando ambos, de maneira a tutelar a boa-fé objetiva que deve jungir os contratos. Essa, a razão pela qual Fábio Konder Comparato estende a concepção de função social da propriedade à atividade desenvolvida pela empresa¹³²:

Incluem-se na proteção constitucional da propriedade bens patrimoniais sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real, no preciso sentido técnico do termo [...]. Em conseqüência, também o poder de controle

empresa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 77-96).

¹²⁹ O termo “propriedade” ora empregado não se refere apenas à propriedade imóvel, mas sim a todos os bens que se colocam como elementos integrantes da empresa e que desempenham papel em sua atuação no mercado econômico. Logo, incluem-se os bens que guarnecem a empresa, o estabelecimento, o ramo de atividade explorado, a propriedade intelectual etc.

¹³⁰ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos tribunais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 92, v. 810, abr. 2003, p. 39.

¹³¹ Id. *ibid.*, p. 39.

¹³² Não obstante se conclua, nesse mesmo artigo – ao arrepio da doutrina mais atual –, ser incongruente falar em função social da empresa, na medida em que “no regime capitalista, o que se espera e exige delas é, apenas, a eficiência lucrativa, complementando, logo em seguida, que é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial [...] promoverá a justiça social”. (COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 85, v. 732, out. 1996, p. 45).

empresarial, o qual não pode ser qualificado com um *ius in re*, há de ser incluído na abrangência do conceito constitucional de propriedade.¹³³

Ao assim proceder, a empresa assume importante função no meio social no qual está inserida. Daí, falar-se em função social da propriedade empresarial e de bens de produção, com base na consecução de fins, serviços e funções por meio do desenvolvimento de atividades em benefício de outrem.¹³⁴ Ou, conforme ensinamentos de Fabiane Lopes Bueno Netto Bessa,

pensar a função social da empresa implica, assim, posicionar a empresa em face da função social da propriedade, da livre iniciativa (autonomia privada para empreender) e da proporcionalidade (equilíbrio na consecução de interesses privados diante das necessidades sociais).¹³⁵

Essa afirmação evidencia que a empresa não é, meramente, um fim em si mesma, tampouco fonte de poder pessoal. Está subordinada ao exercício dos “ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna”.¹³⁶ Logo, não estará atendendo à sua função social se dissociada dos princípios constitucionais econômicos contidos no artigo 170 da Constituição Federal.

A função social da empresa não retira a liberdade do ente de agir em seu próprio interesse, tampouco tem a conotação de penalidade ou de sacrifício social, pelo mero desenvolvimento de uma atividade econômica em busca de lucro.¹³⁷ Muito pelo contrário: o que esse princípio tutela é justamente o direito subjetivo dos empresários atuarem, legitimamente, no mercado econômico, ao mesmo tempo em que – conforme o ramo de atividade desempenhada por cada empresa e sua estrutura – direciona a destinação econômica mais vantajosa perante o meio social. Daí, a definição de Eduardo Tomasevicius Filho, para quem

a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos.¹³⁸

¹³³ COMPARATO, op. cit., p. 43-44.

¹³⁴ GRAU, op. cit., p. 262 e ss.

¹³⁵ BESSA, op. cit., p. 102.

¹³⁶ GRAU, op. cit., p. 271.

¹³⁷ TOMASEVICIUS FILHO, op. cit., p. 40.

¹³⁸ Id. *ibid.*, p. 40.

Observe-se que, sendo a atividade empresarial baseada no princípio geral *naeminem laedere*¹³⁹, seu exercício deve atentar para “interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da comunidade em que ela atua”.¹⁴⁰

Essas acepções levam à inegável conclusão de que a função social da empresa deve ser desempenhada, independentemente de se tratar de uma micro ou megaestrutura, pois cada uma, em seu âmbito de atuação e dentro das finalidades desenvolvidas no mercado, desempenha importante papel para a manutenção da estrutura econômico-empresarial do país.

A propósito, a escorreita conclusão de Marcos Paulo de Almeida Salles acerca do papel que, hodiernamente, a empresa ocupa nos cenários jurídico, econômico e social:

Assim é que, numa visão atual da micro à macroempresa, há que se reafirmar a empresa como atividade economicamente organizada para a produção ou oferta de bens ou serviços aos mercados; aquilatando no risco o fim de obter lucros a atividade é desenvolvida pelo empresário por meio de seu estabelecimento. A empresa constitui a essência da empresarialidade, e como tal deve ser entendida sua razão de existir e de ser preservada, como fato econômico e social, merecedor de tratamento jurídico específico, pelo ramo do Direito que lhe dá conceitos apropriados, mesmo que a legislação privada possa se ver unificada.¹⁴¹

A função social traduz, em verdade, o papel metaindividual que integra o direito da empresa explorar determinada atividade lucrativa, sem se descurar do universo ao seu redor, constituído, primordialmente, pela sociedade. Por essa razão, Jorge Lobo foi veemente em afirmar que a função social deve conjugar uma série de elementos, entre eles,

a criação de riquezas e de oportunidades de emprego, qualificação e diversidade de força de trabalho, estímulo ao desenvolvimento científico

¹³⁹ De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil, a Lei dos Crimes Ambientais, entre outros dispositivos legais, a regra geral para a responsabilidade civil da empresa, hodiernamente, assenta-se na responsabilidade objetiva e na teoria do risco. Disso decorre que as empresas devem atuar no mercado econômico levando em conta sua função, papel e responsabilidade social, para que cumpram os objetivos e fundamentos do Estado, previstos em caráter principiológico na Constituição Federal.

¹⁴⁰ COMPARATO, op. cit., p. 44.

¹⁴¹ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. XXXIX, v. 119, jul./set. 2000, p. 108.

por intermédio de tecnologia, e melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais, assistenciais e de defesa do meio ambiente.¹⁴²

O que se verifica, com base nessas concepções, é que a Constituição Federal inaugurou uma nova ótica sobre a qual a tutela da propriedade deve se fundar. Se outrora o direito de propriedade era concebido como absoluto e referia-se apenas à propriedade imóvel¹⁴³, atualmente, a noção de direito de propriedade abrange tanto bens corpóreos, quanto incorpóreos¹⁴⁴, e sua tutela é orientada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da socialidade, da valorização do trabalho e da livre iniciativa¹⁴⁵, todos em relação de complementariedade.¹⁴⁶

A tutela do direito de propriedade demanda seu exercício funcionalizado, deve ser um meio para alcançar finalidades humanitárias e não utilizada para proteger objetivos exclusivamente individuais e egoísticos do proprietário.¹⁴⁷

No direito de empresa, a função social exige que os empreendedores e os administradores harmonizem os interesses oriundos da livre iniciativa e da livre concorrência com os demais postulados constitucionais (inclusive, os constantes dos incisos do artigo 170 da Constituição Federal), os quais colocam na pessoa humana e nos objetivos solidaristas o verdadeiro fundamento à preservação da vida digna em sociedade e para o desenvolvimento econômico do país, o que somente pode se realizar com a observância dos direitos e deveres – positivos e negativos – impostos à empresa, para que seja assegurada maior harmonia e justiça nas relações entre as pessoas.

¹⁴² LOBO, Jorge. O princípio da função social da empresa. *Revista jurídica consulex*, São Paulo, Consulex, a. X, n. 228, 15 jul. 2006, p. 29.

¹⁴³ Conceito que data do Código de Napoleão, de 1804, de cunho estritamente individualista, o qual foi reproduzido no Direito brasileiro no Código Civil de 1916.

¹⁴⁴ Sobre o tema, vide MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3. p. 83.

¹⁴⁵ De acordo com Eduardo Teixeira Farah, “propriedade e livre iniciativa são apenas princípios-meios, e desta forma devem estar balizados no reconhecimento do valor da pessoa humana como fim” (FARAH, op. cit., p. 676).

¹⁴⁶ Id. *ibid.*, p. 675.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 151-152.

2 DO NASCIMENTO À EXTINÇÃO DOS DIREITOS: RELAÇÕES JURÍDICAS NO ATUAL SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 TUTELA DOS DIREITOS PELA ORDEM JURÍDICA

Decorre da vida em sociedade e da outorga, pelos indivíduos, do poder-dever do Estado editar normas com vistas a assegurar a pacificação social, a existência de direitos, deveres e sanções – destinadas àqueles que deixam de observar postulados jurídicos e éticos essenciais à convivência com os outros – a serem observadas por cada um, para que seja possível construir estruturas sociais organizadas e que possibilitem a convivência humana.

A partir do momento em que o homem vislumbrou a necessidade de criar o Estado de Direito, com base no qual as normas passaram a ser criadas por um ente superior, a quem se atribuiu a prerrogativa de impor normas de ordem geral a toda sociedade e punir aqueles que ignorassem tais preceitos, cada indivíduo passou a ter uma determinada gama de direitos, que poderiam ser exercidos em face de seus semelhantes e, posteriormente (com a criação do Estado Democrático de Direito), do próprio Estado. Tratava-se do reconhecimento de que cada indivíduo era portador de um mínimo de direitos, os quais o diferenciavam dos objetos e dos demais seres vivos.

2.1.1 Relativização de direitos como forma de assegurar a vida em sociedade

Diante de todo o delineamento jurídico delineado no Capítulo 1, nota-se que, a partir da repersonalização das relações jurídicas e da constitucionalização do direito civil, houve substancial modificação nas relações jurídicas, o que se deve à funcionalização do Direito e à instauração de novos critérios interpretativos – entre eles, a inclusão de cláusulas gerais no sistema normativo – que visam a dar concretude e assegurar a efetividade das normas jurídicas como sistema.

É que a existência de norma jurídica não significa, necessariamente, a tutela dos interesses juridicamente relevantes. Para que o Direito possa cumprir a função de regular a vida em sociedade, imprescindível retomar alguns conceitos básicos,

que dão conta, justamente, do que vem a ser o verdadeiro objeto da Ciência Jurídica.

De acordo com Heinrich Ewald Höster, “o direito constitui uma ordem normativa cuja função decorre da exigência de prática de compatibilizar ou mesmo aplanar as expectativas divergentes e os interesses diferentes entre os homens, atendendo aos possíveis conflitos daí resultantes”¹⁴⁸, cujo objetivo primordial é assegurar a coexistência dos indivíduos, por meio do estabelecimento de padrões normativos éticos, morais e valores segundo os quais as relações devem ser guiadas.

Nessa seara, e considerando a premente função social desempenhada pelo Direito¹⁴⁹, fez-se necessário buscar, com o pós-positivismo, novos meios para assegurar tanto a existência da ciência do Direito, quanto sua efetividade. Isso porque

o Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, “existencial”, que se torna história na sua relação com os outros homens. A complexidade da vida social implica que a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, “coexistência”.¹⁵⁰

De fato, as relações civis levam em consideração “toda a situação ou relação da vida real (social), juridicamente relevante (produtiva de conseqüências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito”¹⁵¹, o que engloba todo e qualquer ato praticado pelo indivíduo¹⁵², de acordo com os interesses e expectativas por ele manifestadas. Não obstante, a partir do momento em que o homem, para satisfação de seus interesses próprios, influencia a esfera jurídica de outrem, as relações se tornam relevantes para o Direito, cujo papel é tutelar e reprimir o exercício de

¹⁴⁸ HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 6.

¹⁴⁹ De acordo com Pietro Perlingieri, o direito positivo tem duas funções primordiais: conservar situações sociais ou modificar a realidade (*Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 2).

¹⁵⁰ Id. *ibid.*, p. 1.

¹⁵¹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objecto*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1. p. 2.

¹⁵² Daí, falar-se em relação jurídica em sentido amplo, aí se incluindo os atos existenciais.

direitos, de maneira a assegurar a manutenção da ordem de idéias que rege a vida em sociedade.

Assim, fala-se na concepção de relação jurídica em sentido estrito, que nada mais é senão “a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição”¹⁵³. Nesse passo, torna-se fundamental a incidência de normas gerais que garantam a convivência dos indivíduos seu desenvolvimento e a tutela de seus interesses, juridicamente tuteláveis. Afinal,

sem a força ordenadora e disciplinadora do direito estes conflitos conduziriam a um estado de desordem em que venceria a violência. Contudo, o direito não cumpre esta sua função ordenadora de qualquer maneira; fá-lo a partir de uma idéia de justiça, que o legitima, sendo esta aceita (ou pelo menos tolerada) pela comunidade. Caso contrário, não é possível estabelecer consensos, mas apenas impor a força.¹⁵⁴

Portanto, compete ao Direito estabelecer normas de conduta que assegurem, a um só tempo, a realização dos interesses de cada indivíduo e a convivência do homem em sociedade, o que somente pode ser feito por meio da eleição e do estabelecimento de determinados padrões de conduta, sem os quais o ser humano entra em “processo autofágico”¹⁵⁵, conseqüência da desordem social e do não estabelecimento de padrões mínimos de coexistência.

Por outro lado, não é mais possível conceber a existência de uma sociedade regularmente ordenada sem o estabelecimento de regras essenciais para uma boa convivência¹⁵⁶ e de padrões éticos mínimos assegurados pela ordem jurídica. Para tanto, faz-se necessário criar um ambiente de segurança e certeza, tanto do reconhecimento, pelo próprio indivíduo, da existência e extensão de seus direitos, quanto da consideração, por esse mesmo ser, dos direitos outorgados pelo mesmo ordenamento jurídico aos seus pares. Disso decorre, desde logo, que a outorga de

¹⁵³ ANDRADE, op. cit., p. 2.

¹⁵⁴ HÖRSTER, op. cit., p. 7.

¹⁵⁵ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno* (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 111.

¹⁵⁶ Assim como é certo que não existe sociedade sem o Direito, compete à ordem jurídica harmonizar as relações sociais assegurar a máxima realização dos valores humanos, por meio da criação de mecanismos que preservem a paz social, o que é papel do Estado – já que a autotutela foi substituída pela heterotutela, esta última, exercida Estado-juiz. Nesse sentido, vide CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21-27.

direitos aos indivíduos não significa que possam ser utilizados de forma absoluta ou com desvio de finalidade.

Considerando que o Direito se constrói diuturnamente, revestindo-se de características maleáveis, tal como ocorre com o fato social, é certo que a conduta humana deve respeitar determinados *standards*, de maneira a preservar não apenas as relações jurídicas de forma limitada, mas a própria ordem de idéias que rege o mundo, o que é fruto da evolução da sociedade, da constatação de novos problemas (ligados à ineficiência do sistema normativos) e da falência de institutos que vem se verificando ao longo dos anos, entre eles, o próprio papel desempenhado pela ciência jurídica concebida como sistema fechado, que não admite a interferência de outras ciências ou valores morais. Como assevera Heinrich Ewald Hörster, “uma constante do direito é, portanto, a sua constante renovação”.¹⁵⁷

De fato, com o reconhecimento, pela atual sistemática constitucional, de que o homem deve ser colocado como centro e destinatário das normas jurídicas, cada indivíduo deve reconhecer em si os direitos de outrem. Isso significa que

cada homem tem, em relação a todos os outros, um direito no sentido de ser respeitado como pessoa e de não ser violado na sua existência (vida, corpo saúde) e na sua esfera própria que envolve a sua existência (propriedade, direitos de crédito, etc.) bem como uma obrigação no mesmo sentido em relação a todos os outros. Quer dizer, os homens devem-se respeito mútuo como pessoas, como seres autodeterminados e auto-responsáveis.¹⁵⁸

Essa concepção humanizada da relação jurídica é reflexo da modificação operada em toda a sistemática jurídica, decorrente da decadência do dogmatismo jurídico instaurado após a Revolução Francesa¹⁵⁹, quando se primava pela liberdade

¹⁵⁷ HÖRSTER, op. cit., p. 13.

¹⁵⁸ Id. ibid., p. 154. O jurista complementa o raciocínio afirmando que todas as relações jurídicas da atualidade devem respeitar a “relação jurídica fundamental”, que nada mais é do que aquela que leva em consideração a necessidade de se viver em sociedade com seus pares, reconhecendo no outro a existência de direitos mínimos a serem respeitados, sob pena de criação de desordem e a fragmentação do próprio Direito; uma relação de respeito. (Id. ibid., p. 154-156).

¹⁵⁹ Ao analisar a história das sociedades e do próprio Direito, é possível verificar que ambos evoluem com o rompimento de paradigmas. Assim, a passagem o Estado absolutista para o liberal e o início da era das codificações representou grande avanço para a sociedade dos séculos XIX e XX e correspondeu aos anseios sociais da época, já que garantiu à burguesia a proteção contra as ingerências abusivas do Estado. A codificação representa, assim, o estabelecimento de uma nova ordem de idéias, em que os indivíduos têm respeitado seu direito de liberdade, de contratar, de vincular-se a uma determinada relação jurídica, ao mesmo tempo em que limita, sobremaneira, o poderio estatal. No sistema codificado, competia às leis – em geral, em caráter supletivo – apenas regular um mínimo de direitos para que fosse mantida a ordem de idéias da época. Não obstante, e conforme já se expôs no Capítulo 1, a fragmentação do sistema codificado, a pluralidade de fontes

e igualdade formal dos indivíduos, contudo, sem a fraternidade. Conforme bem ilustra Carmem Lucia Silveira Ramos, ao tratar do surgimento do Estado Liberal,

preocupado com eliminar as discriminações pessoais características do medievo e do período do absolutismo monárquico, o Estado de Direito liberal ignorou as desigualdades econômicas e sociais, considerando todos os indivíduos formalmente iguais perante a lei, parificação esta que só acentuou a concentração do poder econômico capitalista, aumentando o desnível social cada vez mais, na esteira do desenvolvimento tecnológico e produtivo.¹⁶⁰

Daí afirmar-se que o exercício quase que ilimitado de prerrogativas legais, calcado na ordem liberal, na exploração exacerbada da autonomia privada, da livre iniciativa e da igualdade meramente formal entre os contratantes e a massificação dos contratos afastou a norma dos fatos da vida¹⁶¹, culminou em uma crise estrutural e funcional do Direito como Ciência¹⁶², o que deu ensejo a uma nova viragem paradigmática, voltada à instauração de uma nova ordem de idéias, guiada pela humanização das relações sociais.

Reconheceu-se, com base na nova ordem de idéias instaurada com a ruptura do paradigma da codificação, que não existem direitos absolutos, tampouco

legislativa e o mau uso de direitos por uma das partes do contrato – o que é facilmente perceptível nas relações patrão-empregado e fornecedor-consumidor – mediante a imposição de regras e cláusulas prejudiciais pelos mais fortes aos mais fracos, fez com que aquele sistema, que havia atendido aos anseios da sociedade moderna, deixasse de fazê-lo. Daí o surgimento de uma nova viragem paradigmática (ainda em evolução) e a necessidade de rediscutir, atualmente, o papel e a função do Direito, frente à nova realidade instaurada, que demanda a tutela de um mínimo existencial para cada indivíduo e, a um só tempo, a tutela da liberdade, com a supressão dos abusos. Esse, o grande desafio que atualmente se coloca ao operador jurídico.

¹⁶⁰ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 6.

¹⁶¹ Nesse sentido, exemplificamente, RAMOS, op. cit., p. 3-8; NALIN, op. cit., p. 105-111; FACHIN, Luiz Edson. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 119; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 180 e ss; SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 260-265).

¹⁶² A decadência do modelo positivado, impermeável pelas demais ciências sociais, evidenciou o fracasso dos postulados jurídicos, pois estes caíram em um vazio, já que deixaram de regular a vida em sociedade, tal como o próprio desenvolvimento dos povos e de sua cultura demandava. A partir de construções doutrinárias e jurisprudenciais, operou-se uma mudança de perspectiva sobre a qual o fenômeno jurídico deve ser analisado; concebeu-se, a partir desse momento, que as ciências sociais não são estanques, operando-se a abertura do sistema jurídico, tanto em suas relações internas (norma-norma), quanto no que se refere às demais ciências que estudam e se relacionam com o fato social.

unívocos, tal como prenunciavam os estudiosos da modernidade.¹⁶³ Hodiernamente, a concepção que se tem de cada um dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico é justamente a de que cada indivíduo pode exercer uma faculdade outorgada pela lei, desde que atendidas as suas finalidades e desde que não seja causado dano injusto a outrem.

Disso decorre que a constitucionalização do direito civil, como fenômeno ideológico e cultural, coloca-se como grande mote para superar os paradigmas do individualismo e do sujeito de direito abstrato aos da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, sobretudo, no âmbito contratual e da responsabilidade civil¹⁶⁴. Ao lado da colocação dos postulados constitucionais como parâmetros e filtros interpretativos para a interpretação do Direito, emerge o processo de repersonalização do ordenamento jurídico – ou seja, a colocação do homem como fundamento e destinatário das normas jurídicas – a qual traz consigo a premissa da falência do sistema codificado.

Ambos os processos [constitucionalização e repersonalização] demandam a ressystematização do pensamento jurídico, na medida em que o Código Civil deixou de estar no centro da construção do direito privado, cedendo espaço à Constituição e aos princípios nela consagrados, fato que demanda do intérprete da norma a releitura do Direito, com análise crítica de velhos postulados, visando a aproximar a Constituição de todo o ordenamento jurídico¹⁶⁵, conforme já se expôs no Capítulo 1.

Com essa mudança de concepção, da relação do homem com o sistema jurídico, do modo de interpretação do fato relevante para o Direito e da própria norma, “o conjunto de valores, bens, interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento

¹⁶³ De se notar que também os direitos fundamentais do cidadão, previstos no texto constitucional sofrem limitações frente à atual ordem constitucional, justamente porque a existência de direitos ilimitados não se coaduna com o atual estágio de desenvolvimento da sociedade. Fala-se, nesses casos, de colisão de direitos fundamentais, assunto tratado de forma bastante didática por Ana Paula Taucedo Branco (*A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007) e por Luiz Guilherme Marinoni (*O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Gênesis: revista de direito processual civil*, v. 1, n. 28, Curitiba, abr./jun. 2003, p. 298-338), exemplificativamente. Há quem fale, ainda, que inclusive a dignidade da pessoa humana possa ser relativizada episodicamente e em um determinado caso concreto. Nesse sentido, vide ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 52-58.

¹⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

¹⁶⁵ NALIN, op. cit., p. 85-86.

como qual se opera”¹⁶⁶, qual seja, aquele voltado à tutela do cidadão e da dignidade da pessoa humana.

As relações entre os indivíduos passaram, portanto, a ser regidas por uma função social, destinada à busca da justiça contratual¹⁶⁷ – o que não significa que os contratos perderam totalmente suas características e assumiram feição assistencialista¹⁶⁸, mas que a interpretação dos negócios jurídicos deve estar pautada na boa-fé objetiva – sendo refutada qualquer conduta que acarrete abuso do direito por uma das partes. Ou seja: como o ordenamento jurídico reconhece a existência de direitos (inclusive, mínimos) a todos os indivíduos, seu exercício somente é autorizado a um indivíduo, por esse mesmo ordenamento, na medida e em razão dos limites estabelecidos pelos direitos tutelados aos demais indivíduos.

Trata-se do estabelecimento de uma zona limítrofe, dentro da qual é autorizado a cada um exercer os direitos reconhecidos pela ordem jurídica da forma como bem lhe aprouver e, fora da qual, esse mesmo ordenamento, em nome da ordem pública, da boa-fé, da função social, da socialidade e da própria dignidade da pessoa humana estabelece limites e sanções para o mau uso dos direitos.

2.1.2 Direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes-deveres

Nessa nova ordem de idéias instaurada no Brasil, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, impõe-se revisitar alguns conceitos basilares da ordem jurídica, sem os quais não é possível conceber nem a existência de direitos, tampouco sua limitação. Como o presente trabalho destina-se a regular as relações empresariais, especificamente relativizar a extinção de contratos empresariais, somente serão objeto de estudo os direitos subjetivos e potestativos ligados às relações privadas.

É lição clássica que, para o nascimento de um direito, é imprescindível que exista um titular (ou vários titulares, incluindo os direitos coletivos e difusos), que

¹⁶⁶ PERLINGIERI, op. cit., p. 5.

¹⁶⁷ Assim como qualquer instituto jurídico, o contrato, como instrumento de circulação de riquezas, “operação econômica que ocorre no meio social” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 347-348), “está sujeito a um princípio de relatividade histórica” (PERLINGIERI, op. cit., p. 1), colocando-se à mercê da historicidade local e universal de uma dada sociedade.

¹⁶⁸ COSTA, op. cit., p. 54.

pode ser uma pessoa física, jurídica, agrupamentos ou entes despersonalizados.¹⁶⁹ Assim, por pessoa apresenta-se o “sujeito possível de direitos, isto é [...] possível de relações jurídicas”¹⁷⁰, a quem é reconhecida a titularidade de determinados direitos¹⁷¹.

Estabelece-se, dessa forma, uma relação sujeito-objeto. O primeiro, consubstanciado no titular do direito juridicamente reconhecido, e o segundo (o objeto), naquilo que se reconhece para um titular.

Quando essa relação sujeito-objeto é concretizada em decorrência de uma causa, ou seja, mediante um interesse juridicamente tutelado, e existe uma sanção para o seu não cumprimento pela contraparte – qual seja a parte que se coloca no pólo diametralmente oposto àquele em que se situa o titular do direito – forma-se uma relação jurídica em sentido estrito.¹⁷²

De acordo com Fernando Noronha, “o primeiro conceito fundamental do Direito Privado é a *pessoa* como sujeito de direito (isto é, titular de direitos e destinatário de obrigações)”¹⁷³ e “o segundo conceito fundamental é a relação jurídica, como nexos jurídicos que unem entre si sujeitos de direito”.¹⁷⁴

Estabelecido o que vem a ser a relação juridicamente relevante para o Direito, impende ressaltar que o direito conferido pela ordem jurídica ao seu titular pode ser exercido de diferentes maneiras. De acordo com o modo como for exercido um determinado direito, surgem na contraparte conseqüências ou efeitos distintos, embora o direito em si seja, primordialmente (em sentido abstrato), o mesmo. Justamente pelo fato de produzirem conseqüências jurídicas diferentes, os direitos, recebem tratamento diferenciado pela ordem jurídica em cada caso.

Conforme ensinamentos de Pietro Perlingieri,

¹⁶⁹ Oportuno ressaltar, contudo, que, na classificação dos direitos de quinta geração, inserem-se aqueles sem sujeito específico, que dizem respeito ao ambiente, aos meios para a existência do próprio homem.

¹⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 5, p. 263.

¹⁷¹ O termo “direito” aqui utilizado refere-se ao sentido jurídico do termo, concebido como “vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático” (PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 264).

¹⁷² Conforme já se ressaltou acima, nem todas as relações são consideradas jurídicas e nem todas as relações jurídicas interessam ao Direito, dado que fatos do cotidiano, que não repercutem na esfera de outrem não são objeto de tutela pela Ciência do Direito. São fatos jurídicos, mas não atendem a todos os requisitos necessários para que passem a gozar de especial tutela normativa.

¹⁷³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1. p. 50. Grifos no original.

¹⁷⁴ Id. *ibid.*, p. 50.

as situações subjetivas¹⁷⁵ encontram a sua justificação e o seu ponto de confluência na relação jurídica. Esta deve ser colocada ao centro do direito civil, apesar da manualística moderna, contrariamente àquela menos recente, não lhe atribuir a devida importância. Na maioria das vezes, a atenção detém-se nas situações individualmente consideradas, independentemente das suas relações, enquanto que seria necessário não se limitar à análise de cada direito e obrigação, mas, sim, examinar as suas correlações. Não é suficiente aprofundar o poder atribuído a um sujeito se não se compreendem ao mesmo tempo os deveres, as obrigações, os interesses dos outros. Em uma visão conforme aos princípios de solidariedade social, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos. O ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações: o ordenamento, no seu aspecto dinâmico, não é nada mais do que nascimento, atuação, modificação e extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes.¹⁷⁶

Já Pontes de Miranda entende a situação jurídica subjetiva como o poder de vontade exercido por uma das partes, quando e na forma em que seu titular entender mais conveniente, sendo, portanto, uma vontade potencial concedida ao sujeito.¹⁷⁷

Como o exercício de direitos pelos seus titulares demanda o conhecimento da natureza jurídica destes e o modo como se impõem perante a contraparte ou a coletividade, o estudo da relação jurídica e a natureza jurídica dos direitos que são exercidos pelo seu titular dentro dessa relação adquirem especial relevância. Importa ressaltar, contudo, que a formulação dos direitos subjetivos não ocorreu de forma linear, tampouco desprovida de controvérsias na doutrina, dado que o próprio conceito de direito subjetivo traz consigo vetores importantes do pensamento jurídico, tanto ideologicamente falando, quanto no plano prático.¹⁷⁸

Assim é que, em um breve apanhado histórico sobre o direito subjetivo, pode-se observar que este não era objeto de tutela jurídica no Direito Romano,

¹⁷⁵ Por “situações subjetivas”, Perlingieri entende serem os efeitos jurídicos decorrentes de um determinado fato, ato ou relação jurídica, ligados ao centro de interesses do destinatário. Para o jurista italiano, as situações subjetivas devem ser consideradas sob diferentes aspectos, sem que um exclua o outro. Fala em perfis do efeito, do interesse, dinâmico, do exercício, funcional; tudo, para justificar a repercussão que um determinado agir humano dentro de uma relação jurídica repercute no mundo jurídico (op. cit., p. 105-107). Também José de Oliveira Ascensão enfrenta o assunto asseverando que as “situações jurídicas” devem ser concebidas em seu sentido amplo (referem-se ao resultado universal, decorrente da aplicação de uma norma jurídica) e em sentido estrito, quando referem-se a situações subjetivas, ligadas à idéia do exercício de um direito por um titular. O autor também classifica as situações jurídicas em abstratas – aquelas previstas na norma jurídica, de forma hipotética – e concretas – as historicamente formadas. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, v. 3. p. 11-15).

¹⁷⁶ PERLINGIERI, op. cit., p. 113-114.

¹⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 267.

¹⁷⁸ MENEZES CORDEIRO. António. *Tratado de direito civil português: parte geral (introdução, doutrina geral, negócio jurídico)*. Coimbra: Almedina, 1999, t. 1. p. 105.

quando os indivíduos dispunham, diante de situações favoráveis, de uma *acção*, a qual surtiria efeitos concretos para a parte. Somente durante a Idade Média, entre os filósofos do Direito Natural, surgiu a idéia – por meio de processos de isolamento da posição substantiva adotada pelo sujeito – de direito subjetivo, como algo inato a cada pessoa, que se impunha em face de outrem (inclusive, do Estado), obrigando o seu respeito.¹⁷⁹ Com isso, tem-se que a formulação teórica dos direitos subjetivos passou por diversas etapas, com diferentes entendimentos doutrinários acerca de sua natureza jurídica e, em decorrência disso, de conseqüências.

José de Oliveira Ascensão, ao tratar do assunto, assevera que Savigny conceituou os direitos subjetivos como “vontade”, enquanto Windscheid o fez utilizando-se da expressão “poder de vontade” e Ihering, por sua vez, como “interesse juridicamente protegido”, asseverando que, embora o direito subjetivo não seja, em essência, interesse, todo direito subjetivo traz consigo um interesse válido, possuindo natureza funcional.^{180,181}

Além dessas concepções, várias outras foram construídas, tal como as intermédias ou mistas, que visavam a conjugar as idéias fundamentais de “poder” e “interesse”, as quais apresentavam como expoentes Michoud, Guilherme Moreira, Ferrara e Reglesberger;¹⁸² posições negativistas, que substituíam o direito subjetivo por outras figuras, na tentativa de justificá-lo; as protecionistas, que o limitavam à tutela concedida pelo Direito; e as neo-empíricas, segundo as quais, como não era possível encontrar uma definição hábil a abarcar o conceito de direito subjetivo, fazia-se oportuna a “mera descrição das figuras susceptíveis de o integrar.”^{183,184}

¹⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, op. cit. p. 105-106.

¹⁸⁰ ASCENSÃO, op. cit., p. 63-65.

¹⁸¹ De acordo com Menezes Cordeiro, a construção da *Savigny* é o referencial da concepção de direito subjetivo na atualidade, que concebeu tal direito como um “poder da vontade”, fato que exprime a vontade humana como base formadora das relações jurídicas, o que foi de grande valia para solucionar problemas jurídicos da época. Seu sucessor, Georg Friedrich Puchta, concebeu que o direito subjetivo não era mero expediente técnico destinado a solucionar problemas jurídicos, mas verdadeiro “vetor significativo-ideológico” (op. cit., p. 106-108). Ainda com Menezes Cordeiro, a concepção de Windscheid operou uma limitação do direito subjetivo a uma expressão técnica, enquanto “proteção jurídica concedida a esse poder” de vontade (op. cit., p. 108.). Também nesse ponto, Menezes Cordeiro faz uma análise da evolução da teoria, destacando que a concepção de Ihering sobre os direitos subjetivos os limitou a meros expedientes técnicos. Ihering teceu críticas à concepção dos direitos subjetivos como expressão de vontade do seu titular quando indagou se uma pessoa privada de vontade seria titular de direitos subjetivos, assim como se este existiria para as pessoas que ignorassem a existência desse direito, as quais até hoje restam intocadas. Para Ihering, o aproveitamento/interesse é o que dá substância ao direito subjetivo, interesses reflexamente protegidos, e não a vontade. Haveria, assim, a tutela de um interesse. (op. cit., p. 108-111).

¹⁸² MENDES, João de Castro. *Teoria geral do direito civil: teoria geral*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1995, v. 1. p. 473-474.

¹⁸³ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 114.

Modificando o ponto de vista sob o qual o direito subjetivo é analisado – quer dizer, afastando-se da análise desse direito do ponto de vista pessoal do sujeito e aproximando-se da norma – os normativistas enfatizam que o direito subjetivo nada mais é do que um “aspecto revelado pela análise da norma”¹⁸⁵, já que todo o direito se constrói a partir da norma. Esse raciocínio encontra fundamento no positivismo jurídico kelseniano, pois outorga à norma a prerrogativa de tudo prever, inclusive os direitos subjetivos.

Os adeptos da corrente normativista negam a existência dos direitos subjetivos, explícita ou implicitamente, pois consideram que, como “não têm meios de chegar a abranger posições das pessoas que, por definição, são diferentes das normas, logo estão fora da norma, logo não seriam direito porque não são norma”.¹⁸⁶

No entanto, o entendimento é frágil, já que o Direito não se constitui apenas de normas; além disso, confere direitos aos seus titulares, sendo “incapaz de entender a essência de atribuição em que o direito subjetivo consiste.”¹⁸⁷

Das diversas definições dadas ao direito subjetivo, nenhuma delas, até o momento, alcançou com êxito o objetivo de abarcar em seu seio, os exatos sentido, compreensão e finalidade, com observância do nível significativo-ideológico da expressão, jurídico-formal, descritivo, limitativo etc. O que é ponto pacífico entre os estudiosos dos direitos subjetivos é que sua evolução histórico-científica sofreu grande afetação no período das guerras mundiais, já que, a partir dela, houve a retomada da defesa do direito de liberdade, o que operou a revitalização de conceitos e a sucessão de novas tentativas de abarcar na definição do termo seu verdadeiro sentido e alcance.

Pode-se afirmar, assim, com António Menezes Cordeiro:

Nas décadas de trinta e de quarenta do século XX, pensamentos totalitários de diversa índole e uma guerra, a nível mundial, de inconcebível violência, levaram mais longe do que nunca os atentados contra o pensamento liberal e os valores mais perenes que se lhe devem, como o da *igualdade formal* e o da *dignidade da pessoa*. Tais atentados foram significativamente

¹⁸⁴ Nesse sentido, Menezes Cordeiro cita as teses de Duguit (negativista), Thon e Nawiasky (protecionista), Karl Larenz (neo-empíricas), asseverando que todas elas sofrem ponderações setoriais, dado que nenhuma é suficientemente completa para justificar o direito subjetivo (op. cit., p. 114-119).

¹⁸⁵ ASCENSÃO, op. cit., p. 68.

¹⁸⁶ Id. *ibid.*, p. 66.

¹⁸⁷ Id. *ibid.*, p. 68.

precedidos e acompanhados por ataques teóricos ao direito subjectivo: procurou-se substituí-lo pelas idéias de dever e de responsabilidade.¹⁸⁸

O fato é que, em que pese o esforço da doutrina para a formulação de um conceito completo para o direito subjetivo, que abarque, ao lado da liberdade, direitos-deveres como cooperação, participação, responsabilidade e deveres imanes¹⁸⁹, ainda hoje, não é possível traçar uma definição única para a expressão, que corresponda aos verdadeiros efeitos e às reais ingerências de que o direito subjetivo é dotado.

Conquanto não se tenha formulado, com a completude que um instituto jurídico demanda, uma definição para o direito subjetivo, não se pode olvidar que as construções teóricas, históricas, culturais já edificadas sobre o termo levam à inevitável conclusão de que, atualmente, a concepção de direito subjetivo, em sentido amplo, leva em consideração o aspecto normativo conferido a esses direitos – tanto que não há falar-se em exercício de um direito de forma irregular, o que hoje, inclusive, é rechaçado pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base na elevação do abuso do direito a ato ilícito, conforme se exporá adiante – mas sobreleva a posição pessoal atribuída ao sujeito, de exercer um direito tutelado em lei, nos planos técnico-formal, significativo-ideológico, substancial, entre outros em que tais direitos devem ser analisados para que se possa conceber a exata compreensão de seus termos e limites para o exercício de direitos de forma lícita pelos seus titulares.

O que importa, diante disso, é que a análise dos direitos subjetivos leva em conta a posição de vantagem assumida pelo sujeito frente uma determinada situação, seu interesse juridicamente tutelado e sua manifestação de vontade. Daí que, para a existência de um direito subjetivo, seja necessária a conjugação dos elementos subjetivo e objetivo, com prevalência do primeiro sobre o segundo, já que o direito subjectivo é a “faculdade subjectiva que resulta do direito objectivo para o indivíduo”.¹⁹⁰

A idéia fundamental que deve ser levada em consideração, quando se fala em direito subjetivo, portanto, é a de que “o direito privado encontra a sua razão de ser essencialmente na manutenção da liberdade do indivíduo dentro da sociedade, sendo a liberdade individual uma das idéias basilares do direito privado”.¹⁹¹ Embora

¹⁸⁸ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 119. Grifos no original.

¹⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 120.

¹⁹⁰ HÖRSTER, op. cit., p. 45.

¹⁹¹ Id. *ibid.*, p. 48.

seja certo que a divisão do Direito em público e privado já se encontra superada, não se pode desconsiderar que o conceito trazido por Hörster traz consigo as premissas de que os indivíduos são dotados de direitos e que o exercício destes é uma prerrogativa sua, outorgada pelo próprio ordenamento jurídico. Não fosse assim, as normas jurídicas cairiam no vazio, pois seriam objeto sem sujeito.

Nesse passo, é oportuno ressaltar que:

o direito nasce quando a regra jurídica, incidindo sobre o suporte fático, tem por suficientes os fatos, ou o fato, para a produção do direito, seja de modo completo, seja de modo incompleto, ou com efeito imediato de direito, isto é, anterior ao complemento dos pressupostos ulteriores.¹⁹²

O fato do titular de um direito exercê-lo ou não em nada influencia a existência desse direito, visto que, ao mesmo tempo em que o ordenamento jurídico reconhece determinados direitos subjetivos ao indivíduo, também autoriza a ele um mesmo direito subjetivo de dispor da prerrogativa a si outorgada.¹⁹³

Essa incidência da norma sobre o fato juridicamente relevante gera uma série de pretensões e direitos, manifestados sob a forma de direitos subjetivos, potestativos e poderes-deveres, tornando-se necessário delimitar o que vem a ser “direitos subjetivos em sentido amplo” para, somente após, diferenciar direitos subjetivos, potestativos e, de forma suplementar, os poderes-deveres.

Adotando-se a concepção de Manuel Antonio Domingues de Andrade de direito subjetivo¹⁹⁴, tem-se que este é

a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou de por um acto de sua vontade – com ou sem formalidades -, só de per si ou integrado depois por um acto da autoridade pública (decisão judicial) produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte).¹⁹⁵

Já Carlos Alberto da Mota Pinto define o direito subjetivo como o poder jurídico reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa, de impor a alguém um

¹⁹² PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 269.

¹⁹³ Nesse sentido, oportunos os ensinamentos de Hörster, ao tratar do *Ausübungsfreiheit* (existência do direito subjetivo) e do *Verfügungsfreiheit* (a prerrogativa de dispor desse mesmo direito). (HÖRSTER, op. cit., p. 48.).

¹⁹⁴ Em que pese a existência de críticas a todos os conceitos até hoje formulados, a adoção de um deles impõe-se para fins didáticos e para que se forme um referencial teórico sobre o qual os demais capítulos do trabalho se desenvolverão.

¹⁹⁵ ANDRADE, op. cit., p. 2.

determinado comportamento, positivo ou negativo, gerando um dever jurídico para a outra parte. Só existe direito subjetivo quando o exercício do poder depende da vontade do seu titular, como sinônimo de liberdade de atuação e sabedoria do querer.¹⁹⁶

Complementando esse raciocínio, Domingues de Andrade acrescenta, mais à frente, que a concepção de direito subjetivo deve abarcar não apenas o poder jurídico outorgado a alguém, mas também o interesse, já que este é a finalidade da tutela de um direito subjetivo pela ordem jurídica, que concede poder ao titular de um direito objetivo, ambos, criados para satisfazer aos interesses humanos.¹⁹⁷ De acordo com o jurista português:

De toda a maneira, onde há um direito subjectivo, ele foi concedido para que através dele fosse obtido o predomínio de certo interesse; tal como a correspondente obrigação ou sujeição foi imposta para que um outro interesse oposto resultasse subordinado àquele.¹⁹⁸

Contudo, direito subjetivo e interesse não são sinônimos. O primeiro é a atribuição de um direito, uma faculdade ao titular de um direito, enquanto que o segundo é a razão pela qual esse direito foi concedido; sua função. Por esse motivo, pode-se afirmar que “o interesse constitui o substrato do direito subjetivo”¹⁹⁹, mas não são expressões sinônimas.

Perlingieri, ao analisar o direito subjetivo, assevera que, como não existe interesse jurídico tutelado de forma ilimitada, tampouco interesse com fim em si mesmo, os direitos subjetivos devem ser analisados em seu contexto, ou seja, dentro de sua finalidade, “de modo a não provocar danos excepcionais a outros sujeitos, em harmonia com o princípio de solidariedade política, econômica e social”²⁰⁰, o que

reflecte-se na invocação efectiva dos direitos subjectivos concretos baseada na justa convicção do indivíduo de ser titular dos seus direitos legítimos e nenhum quezimento que provoca o ‘escândalo’ ao denunciar violações cometidas por outrem. Cabe, nessa medida, ao indivíduo a protecção das normas contra a arbitrariedade e violações.²⁰¹

¹⁹⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 169, 172.

¹⁹⁷ ANDRADE, op. cit., p. 7.

¹⁹⁸ Id. *ibid*, p. 7.

¹⁹⁹ Id. *ibid*., p. 8.

²⁰⁰ PERLINGIERI, op. cit., p. 120-121.

²⁰¹ HÖRSTER, op. cit., p. 49.

Essa característica atualmente conferida aos direitos subjetivos os dota de funcionalidade e socialidade, impedindo, a um só tempo, a efetivação do direito objetivo e o exercício do direito subjetivo de forma arbitrária pelo seu titular.²⁰² Justamente por esse motivo, “se coloca a crise se direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.”²⁰³

De fato, o mero reconhecimento de direitos a um titular não significa que estes serão exercidos nos termos em que o ordenamento jurídico considera lícitos, tendo em vista que, não raras vezes, surgem situações em que o titular faz uso desses direitos não para atender aos seus interesses ou para a prossecução de uma finalidade lícita, mas, ao contrário, com o escopo de prejudicar outrem ou, mesmo, de deixar de beneficiar aquele a quem o direito subjetivo se impõe, caracterizando-se, assim, o mau uso desse direito ou a ilicitude do ato.²⁰⁴

²⁰² Nesse sentido, oportunas as colocações de Hörster (op. cit., p. 49) e de Perlingieri (op.cit., p. 121) sobre a utilização adequada dos direitos subjetivos concedidos pela ordem jurídica como forma de assegurar a regularidade do ordenamento jurídico e a ordem de idéias na sociedade.

²⁰³ PERLINGIERI, op. cit., p. 121.

²⁰⁴ Conforme adiante se exporá (Capítulo 3), desenvolve-se a idéia de que o abuso do direito não reside, necessariamente, na relativização do caráter absoluto e ilimitado outrora atribuído a certos direitos, mas sim na desconformidade entre a utilização de determinados direitos individuais, tendo em vista as concepções jurídicas objetivamente previstas – daí, falar-se em normas de cunho ético e moral –, causando indevida lesão à esfera jurídica de outrem. De fato, considerando que cada indivíduo possui tem um eixo sobre o qual gravitam todos os seus direitos, formando um todo social coeso e tendente à realização de determinados atos, a extrapolação desses limites gera lesão aos direitos de outrem. É justamente nessa zona limítrofe que separa o exercício regular de um direito do seu uso irregular que o abuso do direito deita raízes e tem seu campo de aplicação determinado. Com base na máxima “o direito de uma pessoa termina onde começa o dos demais”, o ordenamento jurídico vem criando mecanismos para coibir o mau uso ou uso indevido de um direito, visando a assegurar a vida em sociedade harmônica e saudável.

De acordo com Luís Alberto Warat, ao lado das regras jurídicas cristalizadas nos textos legais, coexiste um conjunto de regras de conduta que não são obrigatórias, nem aceitas unanimemente, mas que constituem uma normatividade natural, espontânea; uma consciência jurídica coletiva, que funda e nutre os novos direitos. Essa consciência jurídica coletiva manifesta-se de diversas maneiras, de formas diferentes, em cada sociedade e em cada momento histórico. O abuso de direito não se refere à consciência jurídica coletiva, pois esta se refere a mudanças em toda a sociedade, revelando-se como uma preocupação do legislador. Não obstante, é na consciência jurídica coletiva que se buscam fundamentos para verificar e punir o abuso de direito em um determinado caso concreto, visando a reparar um dano injusto. Quando se fala em abuso de direito, não se está diante de direito *versus* direito, de conflito de normas; mas, ao contrário, de má utilização de uma norma, em afronta aos princípios que regem a consciência coletiva. (El concepto del abuso del derecho y la teoría kelseniana. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Boiteux. 2004, v. 2.. p. 292-293).

Por isso, “quem procede de acordo com a ordem jurídica não causa lesão a ninguém, mesmo quando age de forma a causar danos a terceiros, se a atividade estiver revestida de atos que o ordenamento admite como lícitos” (REIS, Clayton. O abuso do direito nas relações privadas e seus reflexos nos direitos da personalidade. *Revista jurídica cesumar*, v. 6, n. 1, Maringá, dez/2006, p. 210). Ou seja: uma das partes pode utilizar-se do seu direito potestativo para colocar termo a um contrato, mesmo

Complementando esse raciocínio, Manuel Antonio Domingues de Andrade pontua, de forma brilhante, que:

A lei, com efeito, ao atribuir um poder jurídico a uma pessoa para o prosseguimento de um interesse, não vincula necessariamente essa pessoa a exercer esse poder só na estrita medida do interesse em questão. O titular do poder não está inibido de o utilizar para prossecução dum interesse diverso. Não está, pelo menos, inteiramente inibido disso. Só em casos extremos, quando a desconformidade entre o exercício do direito subjectivo e o interesse para cuja tutela aquele foi concedido ultrapassar certo ponto, tornando-se particularmente grave e escandalosa, é que poderá intervir uma limitação jurídica – e não moral apenas – daquele direito. E isto mesmo só segundo certa teoria, chamada do “abuso de direito” – aliás hoje muito em voga.²⁰⁵

Como Fernando Noronha considera que “direitos subjetivos existem em todas as relações de direito privado”²⁰⁶, é certo que em todas elas o jurista deve pautar-se na finalidade do direito exercido, nos princípios e valores constitucionais para que possa aferir se o exercício desse direito é dotado de validade e eficácia, sendo ou não apto a produzir efeitos no mundo jurídico.

Isso porque, considerando que

o ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. [...] O ordenamento reconhece a propriedade de um bem, a titularidade de um crédito, somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido e nem tutelado.²⁰⁷

Logo, um direito subjetivo reconhecido pela ordem jurídica (tutelando um interesse) pode ser exercido de diversas formas, inclusive em afronta a essa mesma ordem, justamente em decorrência da disparidade e precariedade conceitual do termo, o que acarreta, conforme já se ressaltou, disparidade na aplicação desses direitos e, conseqüentemente, a existência de um ato ilícito.

Nesse ponto, a par das controvérsias conceituais delineadas, impõe observar que a definição até aqui traçada refere-se a direitos subjetivos em sentido

que tal ato acarrete danos à parte contrária. No entanto, não pode utilizar-se desse direito para prejudicar o direito da contraparte ou como mecanismo para obrigar a parte contrária a submeter-se à modificação de determinadas cláusulas ou condições contratuais. No primeiro caso, há dano decorrente do exercício regular de um direito, mas não lesão a direitos (notadamente, os da personalidade); já no segundo, verifica-se a ocorrência de ato contrário aos princípios do solidarismo, eticidade e boa-fé, evidenciando a existência de abuso do direito.

²⁰⁵ ANDRADE, op. cit., p. 9.

²⁰⁶ NORONHA, op. cit., p. 52.

²⁰⁷ PERLINGIERI, op. cit., p. 122.

amplo. Dada a especificidade de situações em que esses direitos são aplicados e as repercussões causadas na esfera jurídica alheia, a doutrina concebe outras espécies de direitos: a) os direitos subjetivos em sentido estrito, típicos, propriamente ditos ou comuns; b) os direitos potestativos; c) os poderes-deveres. Extrai-se dos ensinamentos de Fernando Noronha o seguinte:

Juntando todos os direitos com finalidade que transcende o titular, exijam ou não a cooperação do sujeito passivo, ficaremos com três categorias finais de direitos subjetivos: a) os *direitos subjetivos em sentido estrito*, ou *comuns*, que são aqueles que satisfazem interesses do titular e se traduzem em comportamentos (ações ou omissões) exigíveis de outra ou outras pessoas; b) os *direitos potestativos*, que são aqueles que satisfazem interesses do titular e são realizáveis por ato exclusivo de sua vontade, sem necessidade da cooperação do sujeito passivo; c) os *poderes-deveres*, que são aqueles que visam a satisfazer interesses não do titular, os quais algumas vezes podem se efetivados por ação unilateral da vontade deste e outras vezes demandam um comportamento do sujeito passivo.²⁰⁸

Com isso, embora os direitos subjetivos admitam “as mais diversas classificações”²⁰⁹, torna-se absolutamente relevante para o perfeito delineamento do objeto de estudo do presente trabalho traçar as principais características que qualificam um direito como subjetivo em sentido estrito, potestativo ou enquanto poder-dever.

2.1.2.1 Direitos subjetivos em sentido estrito

Quanto aos direitos subjetivos em sentido estrito, a ordem jurídica outorga o poder do titular uma “pretensão”²¹⁰, o direito exigir da contraparte um determinado comportamento, denominado “sujeição”. O exercício desse direito pelo titular gera na pessoa a quem o direito reconhecido pela ordem jurídica se impõe, um dever jurídico, que nada mais é, senão “a situação da pessoa contra quem se dirige o poder jurídico do titular do direito subjectivo”²¹¹. Emergem daí verdadeiros “direitos-pretensões”²¹².

De acordo com Manuel Antonio Domingues de Andrade,

²⁰⁸ NORONHA, op. cit., p. 53-54. Grifos no original.

²⁰⁹ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 127.

²¹⁰ Expressão utilizada por Fernando NORONHA, op. cit., p. 55.

²¹¹ ANDRADE, op. cit., p. 3.

²¹² NORONHA, op. cit., p. 56.

aqui a posição do respectivo titular traduz-se no poder de exigir ou pretender de outra pessoa um determinado comportamento positivo ou negativo – uma dada acção (*facere*) ou uma dada abstenção (*non facere*). A isto corresponde, para o outro sujeito da relação jurídica, a necessidade de adaptar aquele mesmo comportamento, ou seja, o comportamento prescrito pela norma que confere o direito subjectivo. A esta situação damos o nome de *dever jurídico*.²¹³

Via de regra, o exercício do direito subjectivo decorre da existência de uma norma permissiva, que autoriza o titular de um direito a adotar uma determinada conduta. Ou seja: o ordenamento jurídico reconhece a existência de um direito, sendo que seu titular o exerce se e quando melhor lhe aprouver, desde que observados os postulados de legalidade e legitimidade para que se possa falar em exercício regular de um direito.²¹⁴ Por sua vez, o titular passivo da relação correlata ao exercício de um direito subjectivo tem a prerrogativa de cumprir ou não a obrigação decorrente do exercício do direito pelo pólo ativo. Não obstante, nesses casos, o pólo passivo ficará sujeito a uma sanção ou ao cumprimento forçado da obrigação, na medida em que, ao titular ativo, surgirá o direito de pretensão para impor o seu direito.²¹⁵

2.1.2.2 Disciplina dos direitos potestativos

No que se refere aos direitos potestativos, impende ressaltar que a distinção existente entre este e os direitos subjectivos em sentido estrito é eminentemente estrutural²¹⁶. Enquanto nos direitos subjectivos a ordem jurídica outorga uma permissão para o aproveitamento de um bem, nos potestativos, sua ocorrência se dá unilateralmente, com base na mera manifestação de vontade do titular de um direito subjectivo, em sentido amplo, suficiente para modificar a esfera jurídica de outrem.

Seu exercício, diversamente do que ocorre com os direitos subjectivos estritos, não gera na contraparte um dever jurídico, mas sim uma sujeição legalmente autorizada, dado que, de acordo com a doutrina tradicional, a parte obrigada deve aceitar ou cumprir passivamente a manifestação do titular do direito.

²¹³ ANDRADE, op. cit., p. 10. Grifos no original.

²¹⁴ O tema será explorado com maior profundidade em item 2.3.2 infra e no Capítulo 3.

²¹⁵ WANDELLI, Leonardo. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004. p. 334.

²¹⁶ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 127.

Outro diferencial com os direitos subjetivos em sentido estrito está no fato de que, aqui, não é concedida uma permissão ao titular direito, mas sim um poder; “o direito potestativo é fruto de *uma norma que confere um poder*, isto é, de uma norma que, em si, nada diz quanto à forma por que as pessoas devam actuar, antes e apenas lhes facultando a aludida possibilidade de alterar a ordem jurídica.”²¹⁷

Para Carlos Alberto da Mota Pinto, os direitos potestativos são “poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte”²¹⁸, ficando a parte adversa sujeita às conseqüências do ato exercido pelo titular de um direito.

A inserção do direito potestativo como espécie dos direitos subjetivos em sentido amplo é bem delineada por António Menezes Cordeiro, quando o jurista português assevera que:

O direito potestativo é, na verdade, o produto de normas que conferem poderes. Trata-se, no entanto, de poderes atribuídos ao beneficiário através do intermear de *normas permissivas*, isto é: ao titular cabe, segundo o seu livre-arbítrio, actuar ou não o poder que a norma lhe conceda. Desta forma, o poder que a lei confira ao titular é visto como *um bem*, que ele aproveitará, ou não, como quiser. Deste modo se poderá compreender a inclusão dos “direitos” potestativos na figura mais extensa dos direitos subjetivos.²¹⁹

Por essa razão, ao ser exercido, o direito potestativo influi na esfera jurídica de outrem, criando, modificando ou extinguindo direitos, pretensões, ações e exceções²²⁰, embora não sejam tais direitos passíveis de execução forçada, já que independem de qualquer ato volitivo do titular passivo para que produzam efeitos.

Nestes direitos subjetivos [em sentido amplo], as pessoas que ocupam a posição passiva não podem fazer nada para impedir que se produzam as mudanças jurídicas que são conseqüências da manifestação de vontade do titular. Aliás, como não podem impedir a realização do direito do titular, também não podem fazer nada para satisfazer esse direito: os sujeitos

²¹⁷ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 128. Grifos no original.

²¹⁸ PINTO, op. cit., p. 174.

²¹⁹ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 128. Grifos no original.

²²⁰ Pontes de Miranda cita como exemplos de direito potestativo extintivo (ou poder formativo extintivo): o de alegar compensação, pedir separação ou divórcio, requerer o levantamento do depósito consignatário. Esclarece, ainda, que pode operar-se na própria esfera de quem o manifesta (renúncia a herança, propriedade e a outros direitos reais) ou na de outrem (nulidade, anulabilidade, resilição resolução, revogação de doação ou de poderes). Sua eficácia pode atingir apenas algum efeito ou a eficácia de todo o negócio. Seu exercício se dá por meio da declaração unilateral de vontade, sobre a qual incide a regra jurídica. De regra, o juiz não pode supri-la. (PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 281-282).

passivos, aqui, são verdadeiramente 'passivos', são simplesmente afetados pelo exercício do poder da parte contraposta. O sujeito passivo vê simplesmente produzirem-se na sua esfera jurídica os efeitos favoráveis ao titular, ele tem unicamente de suportar as conseqüências que derivam do exercício do direito do outro.²²¹

Ou seja: basta a manifestação de vontade do titular do direito para que este se imponha, imperativamente, contra a parte sujeita ao seu exercício, para constituir, modificar ou extinguir direitos, sem que se faça necessário que o pólo ativo se valha de ações para fazer prevalecer seus interesses particulares ou egoísticos, ao menos em princípio. Isso porque, ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, os direitos potestativos não carregam consigo a prerrogativa de serem absolutos, inclusive, no tocante à resilição dos contratos.²²²

A justificativa para a concepção tradicional dos direitos potestativos da forma estrutural como poder conferido a uma das partes decorre do entendimento de que estes seriam uma prerrogativa conferida ao titular de um direito, que tem por escopo atender a uma determinada finalidade, em geral mais ampla e funcionalizada do direito tutelado pela ordem jurídica²²³, o que significa que seu exercício de forma arbitrária pelo titular não é objeto de tutela pela ordem jurídica, tendo em vista que contraria o próprio fundamento para a sua criação e força imperativa.

Dada a clareza da definição adotada por Perlingieri acerca dos direitos potestativos, convém transcrevê-la:

O chamado direito potestativo, dito também direito discricionário ou poder formativo, representa uma situação subjetiva, cujo exercício determina uma vicissitude de uma relação jurídica: o titular do chamado poder formativo pode unilateralmente constituir, modificar ou extinguir uma situação subjetiva, apesar de isso implicar uma interferência na esfera jurídica de outro sujeito, impossibilitado de evitar, em termos jurídicos, o exercício do poder.²²⁴

Em minucioso estudo sobre a terminologia utilizada para designar os direitos potestativos, Manuel Domingues de Andrade assevera que

²²¹ NORONHA, op. cit., p. 57.

²²² WANDELLI, op. cit., p. 335-336. O jurista assevera ainda que Josserand, já em 1905, afirmava que, embora a resilição do contrato exija mera manifestação unilateral de vontade, esta não é ilimitada tão somente pelo fato de tratar-se de exercício de direito potestativo pelo seu titular. (Id. *ibid.*, p. 336).

²²³ Id. *ibid.*, p. 332-333, 335-336.

²²⁴ PERLINGIERI, op. cit., p. 123.

chamamos lhes direitos potestativos (*Kannrechte; Rechte der rechtlichen Könners*), por ser esta a designação mais corrente em Itália. Poderíamos chamar-lhes também direitos conformativos (*Gestaltungstrechte*), designação que é a mais corrente na Alemanha, onde esta figura primeiro foi elaborada pela doutrina; ou ainda direitos constitutivos, terminologia usada pelos espanhóis. Todas estas designações têm a sua razão de ser. Todas reflectem de algum modo a essência ou natureza própria desta classe de direitos subjectivos.²²⁵

Pode-se afirmar, assim, que, como são “direitos-poderes”²²⁶, seu “exercício pelo titular depende exclusivamente do seu arbítrio”²²⁷, constituindo-se “um poder verdadeiramente absoluto”^{228,229} de, por simples manifestação de vontade, alterar situações jurídicas alheias, envolvendo, inclusive, direitos subjectivos de outrem. Essa, uma característica peculiar do direito potestativo: o titular de um direito tem o poder de, por manifestação unilateral de vontade, constituir, modificar ou extinguir uma situação na qual não é o único interessado²³⁰, sem que a contraparte possa, em tese e via de regra, neutralizar os efeitos do direito exercido pelo seu titular.

A assertiva é correta, desde que haja o exercício do direito potestativo em atendimento ao carácter ideológico do direito geometricamente estabelecido²³¹; nos demais casos, evidenciada sua desconformidade com a ordem jurídica, o mesmo não será passível de tutela, já que contrariada sua própria funcionalidade.

Não obstante, justamente pela gravidade das repercussões geradas pelo exercício do direito potestativo pelo seu titular, sua existência demanda previsão legal ou contratual expressa.²³² É que, quando se analisa a funcionalidade dos direitos potestativos, tem-se que, embora em muitos casos haja o exercício desse direito e a produção de efeitos na esfera jurídica alheia de forma regular – principalmente quando se trata de relação obrigacional simples – em outros, isso

²²⁵ ANDRADE, op. cit., p. 12-13.

²²⁶ Id. ibid, p. 12-13.

²²⁷ Id. ibid, p. 12-13.

²²⁸ Id. ibid, p. 12-13.

²²⁹ O grande questionamento que se faz no presente trabalho é se, frente à atual sistemática jurídica, permeada pelos princípios solidaristas e humanitários, pela boa-fé e funcionalidade dos direitos, os direitos potestativos ainda podem ser considerados absolutos. Ou seja: é possível, em que medida e em quais hipóteses relativizar um direito considerado pela doutrina tradicional como absoluto, ou a relativização desse direito acarretaria a sua negação? A resposta para esses questionamentos demanda o aprofundamento de algumas questões, que serão delineadas ainda no corpo do presente estudo.

²³⁰ PERLINGIERI, op. cit., p. 124.

²³¹ WANDELLI, op. cit., p. 336.

²³² Quanto a este último aspecto – previsão contratual do direito potestativo –, convém salientar, desde logo, que a validade de cláusulas contratuais nesse sentido devem ser analisadas com muita parcimônia pelo Judiciário, principalmente à luz dos princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva, dos usos e costumes do lugar, já que as repercussões causadas à parte passiva pelo exercício do direito potestativo são gravíssimas.

não ocorre. Diante de situações complexas, o exercício do direito potestativo pelo seu titular revela-se como infração às finalidades do direito subjetivo em sentido amplo.

Quanto à parte a quem os direitos potestativos de impõem – ou seja, o lado do adversário ou passivo da relação –, consiste ela na necessidade de suportar o exercício de tais direitos, determinam a existência de um estado de sujeição.²³³

Outra distinção trazida por Fernando Noronha quanto aos direitos potestativos refere-se ao fato dos mesmos poderes serem exercidos de forma autônoma ou não autônoma. Entre os primeiros, inserem-se aqueles direitos “exercitáveis independentemente de outros direitos”²³⁴, e quanto aos não autônomos, estes são “meramente acessórios de outros direitos [...] como que direitos-satélites, girando à volta de outros, que serão como que direitos-astros principais, dos quais aqueles não podem ser dissociados”²³⁵, este último, figura mais comum.

Também é característica dos direitos potestativos o fato de submeterem-se às regras da decadência, e não da prescrição, quando tratar-se de direito potestativo autônomo. Dada sua peculiaridade, e justamente por serem prontamente exercitáveis pelo seu titular – com o que independem de maiores formalidades para que surtam efeitos jurídicos – a pretensão nasce com o próprio direito. Aplicam-se, ainda, as regras da não suspensão e não interrupção aos direitos potestativos autônomos, tal como ocorre com a decadência.²³⁶

A doutrina classifica os direitos potestativos em constitutivos²³⁷, modificativos e extintivos, conforme criem, modifiquem ou extingam direitos ou relações jurídicas. Em didática definição sobre as classes de direitos potestativos, Ruy Rosado de Aguiar Júnior pontua que

são classes de direito formativo: “direito formativo gerador” ou “constitutivo”, de aquisição de direito por ato positivo ou negativo do titular, como o do destinatário, ao aceitar a oferta, o de opção e o de ratificação; “direito formativo modificativo”, que consiste no direito de modificar a relação jurídica existente sem se eliminar a sua identidade, como o de interpelar

²³³ Também esse ponto merece ser revisitado pelos estudiosos do Direito, o que decorre da própria análise dos limites que devem ser impostos ao exercício dos direitos potestativos.

²³⁴ NORONHA, op. cit., p. 59.

²³⁵ Id. ibid., p. 59.

²³⁶ Id. ibid., p. 60-62.

²³⁷ Fernando Noronha discorda desse entendimento, por não considerar concebível constituir relações jurídicas novas pelo exercício dos direitos potestativos, pois entende que tais direitos somente se destinam a modificar ou extinguir relações preexistentes. (Id. ibid., p. 58).

para constituir o devedor em mora, o direito de escolha nas obrigações alternativas; “direito formativo extintivo”, tendente a desfazer a eficácia jurídica já produzida ou a própria relação jurídica, como a resolução dos contratos bilaterais por incumprimento, a rescisão daqueles de execução continuada, o pedido de separação judicial ou de divórcio, o direito de pedir a decretação da anulação do ato ou a declaração de sua nulidade.²³⁸

Em seguida, o eminente jurista diferencia o direito formativo extintivo entre aquele que repercute exclusivamente no âmbito do agente, tal como ocorre no direito de herança, daquele que produz efeitos na esfera jurídica alheia.²³⁹ Quanto a esses últimos, assevera:

Atinge a própria relação jurídica, como na ação de anulação, ou apenas o efeito dela, como na compensação, pela qual se extingue unicamente o direito subjetivo de crédito ou de parte dele. O direito formativo extintivo de impugnação pode surgir tanto na celebração do contrato, pela presença aí de algum defeito que o faça nulo ou anulável, ou rescindível, como em momento posterior, quando tem por pressuposto de seu exercício uma circunstância alheia à origem da relação prevista na lei como elemento ou requisito para o exercício do direito formativo, a exemplo do que ocorre com o fato superveniente do incumprimento do devedor, originário do direito à resolução.²⁴⁰

Os direitos potestativos também não se confundem com os poderes ou faculdades, que são meras manifestações da capacidade jurídica, não demandando a existência de regra jurídica ou contratual explícita para que o seu exercício seja legitimado. Diversamente ocorre nos direitos potestativos, dada a especialidade da situação em que surge e a gravidade de repercussões jurídicas geradas na esfera jurídica alheia.²⁴¹

Diferem da pretensão, “pois nesta se exige uma ação ou omissão do devedor (a prestação, o pagamento da dívida, por exemplo), enquanto aquele [direito formativo] opera por si, bastando seu exercício para produzir o efeito gerador, modificativo ou extintivo, por via judicial ou extrajudicial”²⁴² e das expectativas, pois estas decorrem de evento futuro que independe da vontade de seu titular.²⁴³

²³⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. resolução (de acordo com o novo código civil). 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 29.

²³⁹ Id. *ibid.*, p. 29-30. De acordo com o jurista, o direito potestativo extintivo que repercute na esfera jurídica de outrem é “chamado direito de agressão (Alemanha) ou de impugnação (Itália).” (Id. *ibid.*, p. 30).

²⁴⁰ Id. *ibid.*, p. 30.

²⁴¹ ANDRADE, op. cit., p. 15-16.

²⁴² AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 30.

²⁴³ Id. *ibid.*, p. 30.

Logo, e em resumo, o direito potestativo é o poder atribuído a um indivíduo de exercer um direito seu, em tese e originariamente, independentemente dos reflexos gerados na esfera jurídica alheia, pois geram na contraparte uma sujeição, ato de conformação decorrente do exercício de um direito juridicamente protegido pela ordem jurídica.

2.1.2.3 Poderes-deveres

No que se refere aos poderes-deveres (também conhecidos como poderes-funções, direitos funcionais, poderes vinculados e deveres-poderes), o que ocorre é uma mudança de finalidade. Enquanto os direitos subjetivos em sentido estrito e os direitos potestativos possuem finalidade egoística – ou seja, visam a realizar os interesses dos seus respectivos titulares – aqueles são

prerrogativas concedidas a uma pessoa para realização de finalidades (ou funções) que estão para além dela: poderes-deveres são aqueles direitos subjetivos [em sentido amplo] que visam à satisfação de interesses de outras pessoas, os quais podem ser do próprio sujeito passivo ou mesmo superiores aos de qualquer das pessoas envolvidas.²⁴⁴

A principal diferença existente nessa modalidade de direitos subjetivos é o altruísmo com que o titular do direito age e a possibilidade deste sofrer sanções para o caso de não observar a finalidade legal preestabelecida, tal como ocorre em casos como o poder familiar, os deveres dos cônjuges, a observância dos órgãos nas sociedades, associações e fundações (artigos 1630 e seguintes; 1.566 e 1.568; 46, III, 54, V, 1.010 e seguintes, todos do Código Civil, respectivamente).²⁴⁵

2.1.3 Força normativa, alcance e limitações do direito potestativo

Frente aos esclarecimentos conceituais acima expendidos, é oportuno destacar alguns outros aspectos relativos aos direitos potestativos, face sua especial disciplina jurídica, destacando-se alguns efeitos decorrentes de sua aplicação pelo titular de um direito.

²⁴⁴ NORONHA, op. cit., p. 63.

²⁴⁵ Id. ibid., p. 63.

Embora o termo “*potestativité*”, de origem francesa, seja de aparição recente na doutrina daquele país, a condição potestativa [ou direito potestativo], possuía previsão já no Direito Romano e no Código de Justiniano, em três acepções distintas, as quais foram adotadas nos artigos 1169, 1170 e 1171 do Código Civil francês.

Essas variações se devem ao tempo. A condição potestativa é definida por se referir ao poder de uma parte impor seu poder como credor ao outro, de acordo com sua vontade egoística. Depois da entrada em vigor do Código Civil francês, a noção de direito potestativo passou a ser objeto de novos estudos pela doutrina daquele país.

Nos primeiros tempos, a potestatividade foi utilizada como sinônimo de arbitrariedade, mas o conceito não se limita a uma condição suspensiva a que o devedor se sujeita. Com o tempo, a jurisprudência entendeu que, diante de cláusulas condicionais ou resolutivas, poderia haver o exercício arbitrário do direito potestativo reconhecido a uma das partes, mesmo que sob o manto da lei.²⁴⁶

Leonardo Wandelli diferencia a potestatividade da condição potestativa própria. A primeira, também chamada de condição meramente potestativa ou arbitrária revela-se no exercício arbitrário de um direito, sendo vedada no Código Civil, em seu artigo 122, segundo o qual “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”²⁴⁷ A potestatividade também é

²⁴⁶ Nesse sentido, Stéphane Valory assevera que “*ce constat amène à conclure dans un premier temps que le terme 'potestativité' doit être tenu pour synonyme d'arbitraire, ce que la doctrine confirme en liant étroitement protection contre l'arbitraire et 'caractère potestatif' d'un événement. Mas le concept ainsi envisagé ne se limite pas à la seule condition suspensive ou pouvoir du débiteur. En effet, la jurisprudence a progressivement étendu le champ de la prohibition à des clauses non conditionnelles, ainsi qu'à des conditions résolutoires ou au pouvoir du créancier, de sorte qu'on pourra parler de 'potestativité' chaque fois qu'une clause contractuelle donnera à l'une des parties un pouvoir arbitraire sur un rapport de droit.*” (VALORY, Stéphane. *La potestativité dans les relations contractuelles*. Paris: LDS, 1999. p. 22-23). Em livre tradução: “isto leva à conclusão, em um primeiro momento, que o termo '*potestativité*' pode ser compreendido como sinônimo de arbitrariedade, o que é confirmado pela doutrina que prevê a proteção contra a arbitrariedade de uma manobra potestativa. Mas, o conceito não se limita apenas à condição precedente do credor ou do devedor. Com efeito, o Tribunal tem progressivamente ampliado o alcance da proibição de cláusulas não-condicionais, bem como as condições resolutivas ou ao exclusivo poder do credor, de maneira que se possa falar de '*potestativité*' quando uma cláusula contratual onerar demasiadamente uma das partes em face do poder arbítrio decorrente de uma relação jurídica.”

²⁴⁷ WANDELLI, op. cit., p. 322.

reprimida no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, incisos I e IV, que dispõem:

Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]

Por outro lado, o direito potestativo revela-se no exercício de um direito assim considerado pela ordem jurídica, no qual é conferido ao titular a prerrogativa de determinar a adoção de condutas, as quais são aptas a modificar a esfera jurídica de outrem. Tais direitos resultam de uma série de motivos e interesses tutelados, ao menos em princípio, em lei.²⁴⁸

A noção de direitos potestativos, como vem sendo concebida atualmente, surgiu na Alemanha, mas ganhou força, também, na Itália e na Suíça, com diferentes nomenclaturas.²⁴⁹ De acordo com Manuel Domingues de Andrade, tais direitos são denominados “direitos potestativos” na Itália (em alemão, *Kannrechte* e *Rechte der rechtlichen Könners*); “direitos conformativos” na Alemanha (*Gestaltungstrechte*); e “direitos constitutivos”, na Espanha, todas, refletindo de alguma forma a natureza dessa classe de direitos subjetivos.²⁵⁰

Em todos esses casos, tem-se que:

*La spécificité du droit potestatif est de donner à son titulaire le pouvoir de modifier unilatéralement une situation juridique intéressant autrui par une simple manifestation de volonté. Il se caractérise par le lien de sujétion qui unit le sujet actif, ou 'potentior', au sujet passif et qui explique que ce dernier soit tenu de subir l'empiétement sur sa sphère juridique. C'est parce que l'on s'est aperçu que le fonctionnement de certaines prérogatives en droit positif correspondait à ce schéma que les auteurs ont éprouvé le besoin de faire appel à un droit subjectif distinct du droit réel ou du droit personnel. Son émergence répond donc au besoin de disposer d'un concept permettant de rendre compte d'une réalité juridique.*²⁵¹

²⁴⁸ WANDELLI, op. cit., p. 322.

²⁴⁹ VALORY, op. cit., p. 23.

²⁵⁰ ANDRADE, op. cit., p. 12-13.

²⁵¹ Em livre tradução: “A especificidade dos direitos potestativos atribui ao seu titular um poder de, unilateralmente, modificar uma situação que envolve direitos de outrem a partir de mera manifestação de vontade sua. Eles se caracterizam pela sujeição que um direito reconhecido a um sujeito ativo

Conforme exposto acima, nas relações que envolvem um direito potestativo, ocorre uma posição de preponderância de um sujeito jurídico sobre o outro, ao mesmo tempo em que a contraparte ocupa lugar de subordinação ante a manifestação unilateral de vontade pelo detentor do direito. Há verdadeiro contraste de interesses, onde um é tutelado pelo Direito, enquanto o outro é relativizado ou afastado em um determinado caso concreto. A realização do direito de uma das partes, assim, implica no sacrifício da outra parte, que fica à mercê do titular do direito formativo.²⁵²

A doutrina já identificou um número de direitos, tais como o direito de opção de uma promessa unilateral, o direito de ruptura de uma cláusula resolutiva, passando pela resilição unilateral do contrato de tempo indeterminado, o direito de preempção e de retratação, o direito de perda, o de retratação do consumidor, o direito e preferência, o de escolher a prestação nas obrigações alternativas, o de estabelecer unilateralmente as condições de um contrato, o de reconhecer o benefício de uma condição, o de fixar unilateralmente o termo de uma obrigação etc.

Alguns exemplos legais de direitos potestativos são observados quando: a) o locador do imóvel residencial rescinde a locação residencial por falta de pagamento do aluguel (artigos 9º, III e 62 da Lei nº 8.245/91); b) o condômino exige a divisão da coisa comum, se divisível (artigo 1.320 do Código Civil); c) o condômino reclama para si a parte vendida a estranho, se não exerceu o direito de preferência (artigo 504 do Código Civil); d) um dos cônjuges pede separação judicial ou divórcio (artigos 1.572 e 1.580 do Código Civil); e) o herdeiro aceita ou renuncia o direito de herança (artigos 1.805 e 1.806 do Código Civil); f) o patrão dispensa o empregado sem justa causa (artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho); g) o contrato é resolvido por inadimplemento da contraparte (artigo 475 do Código Civil); h) o mandante revoga o mandato (artigo 682, I do Código Civil); i) o vendedor resolver o contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda (artigo 505 do Código Civil); j) o doador revoga a doação por ingratidão do donatário (artigos 555 e seguintes do Código Civil); k) é exercido o direito de escolha nas obrigações genéricas e alternativas

impõe a um sujeito passivo em sua esfera jurídica. Isso ocorre porque verificou-se que o funcionamento de certas prerrogativas no direito positivo correspondia ao padrão que os autores chamavam de direitos subjetivos, reais e pessoais dos subjetivos. A distinção e a concepção de direito potestativo surgem com a necessidade de ter um conceito mais afeto à realidade jurídica.” (VALORY, op. cit., p. 24).

²⁵² VALORY, op. cit., p. 18.

(artigos 244 e 252 do Código Civil, respectivamente); l) é feita a denúncia de contratos celebrados por tempo indeterminado (valendo observar as regras dos artigos 473, 720 e 1.029 do Código Civil); m) o proprietário serviente faz cessar a servidão quando esta tornar-se desnecessária (artigo 1.389 do Código Civil); n) o sócio retira-se da sociedade (artigo 1.029), entre outras hipóteses.

A potestatividade, ao mesmo tempo em que designa um exemplo de prerrogativa outorgada em favor daquele sujeito que se investe do poder de modificar unilateralmente uma situação jurídica interessante, mediante a imposição de uma sujeição àquele que se coloca como destinatário do direito exercido, assume uma correlação direta com o detentor do direito potestativo e cria uma nova situação jurídica. Essa ingerência de uma pessoa sobre a esfera jurídica de outrem, assim como as conseqüências daí decorrentes, apresenta intensidade variável, sendo mais ou menos difusa, especialmente no âmbito de uma relação contratual, na qual será mais difícil de ser detectada, conforme o caso concreto.²⁵³

Para Stéphane Valory, o termo “*potestativité*” vem do latim *potestas atis*, que significa poder. Já a condição potestativa é o poder conferido a uma das partes de determinar a modalidade de uma obrigação. No direito potestativo, é conferido a alguém o direito de escolher unilateralmente o *status* de outrem, expressando a idéia de domínio do poder. Assim, a condição potestativa refere-se ao poder que uma pessoa exerce sobre a outra, enquanto a potestatividade considera o poder do ponto de vista do objeto referido [a situação legal, a separação intangível entre objeto e pessoa dotada de direitos], levando em consideração a existência de um direito subjetivo. Logo, os termos não podem ser utilizados como sinônimos, sob pena do jurista incorrer em arbitrariedades.²⁵⁴

Como os termos referem-se a fenômenos jurídicos diferentes, não se pode conceber os conceitos de arbitrariedade e de sujeição como se fossem a mesma coisa.²⁵⁵

A potestatividade das relações contratuais suscita diversos temas na atualidade, conforme se vê do rol exemplificativo de hipótese em que incidem regras de direito potestativo supra. Trata-se de uma realidade jurídica e, sendo assim,

²⁵³ Nesse sentido, ver VALORY, op. cit., p. 26.

²⁵⁴ Id. ibid., p. 24-25.

²⁵⁵ Id. ibid., p. 25. A jurista assevera que, o mau uso do poder (*potestativité*) decorre uma arbitrariedade, enquanto que o do direito potestativo (*droit potestatif*), uma sujeição, com o que não é possível concordar, haja vista que também os direitos potestativos devem encontrar amparo legal para o seu exercício e, existindo ilegalidades, sua coibição é medida que se impõe.

justamente em decorrência da sistemática jurídica instaurada a partir da promulgação da Constituição Federal e, especialmente, após a entrada em vigor do atual Código Civil, a tutela da parte sujeita ao direito potestativo exercido por outrem é medida que se impõe, nos casos em que a prerrogativa outorgada pela ordem jurídica [ou seja, a *potestativitè*] for utilizada de forma arbitrária, maliciosa, em afronta à boa-fé, aos bons costumes, à função social dos contratos ou em contrariedade com os princípios constitucionais que regem as relações sociais.

A problemática pode ser extraída da seguinte passagem de Manuel Domingues de Andrade, quando assevera que

há uma *necessidade* imposta pela ordem jurídica ao sujeitado de suportar as conseqüências do exercício do direito potestativo, ou seja a produção dos efeitos jurídicos a que tende o mesmo direito. Trata-se aqui de uma necessidade fatal, pois a produção destes efeitos verifica-se de modo *inelutável*. O sujeitado nada pode fazer contra isso. Poderá infringir depois os efeitos produzidos, mas então estaremos já no domínio dos direitos subjectivos *stricto sensu*. O que não pode, certamente, é frustrar a produção de tais efeitos, embora expondo-se a quaisquer sanções. Eles produzir-se-ão sempre, queira ou não o sujeitado, logo que o direito potestativo exista e seja exercitado em devida forma. A sujeição, portanto, ao contrário do dever jurídico, *não pode ser infringida*.²⁵⁶

Nem sempre, contudo, esse raciocínio deve ser aplicado. Quando as partes estiverem diante de relações jurídicas simples, em geral, não existirão grandes problemas a enfrentar, já que a manifestação do direito potestativo pelo seu detentor acarretará uma sujeição àquele que será afetado em decorrência do exercício desse direito. Embora possa-se conceber o advento de danos à parte a quem o direito se impôs, não há falar-se em meios jurídicos para coibir o evento em tais casos, desde que o dano criado seja considerado justo e decorrente do exercício regular dos direitos outorgados pela ordem jurídica ao titular da condição potestativa.

Por outro lado, em hipóteses em que a parte a quem se impõe uma sujeição e o detentor do direito potestativo mantiverem relações jurídicas complexas, notadamente, naqueles casos em que existem contratos cativos, de longa duração, com deveres anexos²⁵⁷, e uma das partes utiliza-se do direito potestativo para impor

²⁵⁶ ANDRADE, op. cit., p. 17. Grifos no original.

²⁵⁷ De acordo com António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “A complexidade intra-obrigacional traduz a idéia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007 (colecção teses). p. 586). Ainda de acordo com o jurista português, a relação obrigacional complexa não se constitui na

à contraparte uma sujeição “injusta”, o Direito não pode desconsiderar a contrariedade desse ato à ordem jurídica, principalmente, em afronta à boa-fé e à funcionalidade do contrato.

Nesse sentido, Stéphane Valory pondera:

La seconde proposition vient limiter la portée de la première. La potestativité ayant pour effet de conférer à son bénéficiaire un pouvoir unilatéral au sein d'une relation contractuelle, elle est source de déséquilibre. Or, on sait que le principe d'équilibre contractuel tend à gagner la théorie générale du contrat et qu'il postule que 'le contrat, dans sa formation et son exécution, doit respecter un équilibre entre les prestations et un équilibre global entre les droits et les obligations des parties et entre les clauses'. Précisément, comme la potestativité est de nature à favoriser la rupture de cet équilibre, son admission en droit positif appelle en retour une vigilance particulière de la part du pouvoir judiciaire afin d'en corriger les excès. Concrètement, ce risque de déséquilibre est jugulé grâce aux notions d'abus, de mauvaise foi, d'équité, de fraude, d'arbitraire... La diversité des droits potestatifs a d'ailleurs pour conséquence qu'une multitude de textes sont susceptibles d'asseoir l'intervention des tribunaux.²⁵⁸

Conseqüentemente, urge serem criados mecanismos aptos a coibir o mau uso do direito potestativo pelo seu detentor, não apenas para a manutenção da relação jurídica existente entre as partes, mas, antes, para que seja mantida a ordem de idéias do próprio sistema jurídico, principalmente diante dos novos vetores interpretativos do Direito como um todo, e dos contratos empresariais, em especial, os quais determinam a aplicação de princípios como o da boa-fé, da confiança e da função social como pano de fundo que deve nortear toda e qualquer relação

mera soma dos elementos que a compõem; antes disso, apresenta um sentido global que os transcendem. Trata-se da existência, além da prestação principal prevista no contrato, daqueles que decorrem de sua existência; posturas que as partes não precisam fazer consignar em um contrato para que se façam respeitar, pois decorrem da boa-fé, e de seus consectários, com que os contratantes devem agir, inclusive, após a realização do objeto contratado.

Assim, a complexidade intra-obrigacional demanda obrigações de várias prestações principais e acessórias, que têm por base critérios lingüísticos, mas que também demandam deveres jurídicos a ambas as partes que figuram em um determinado contrato, evidenciando uma contraposição material. A complexidade intra-obrigacional não leva em conta, necessariamente, a posição do devedor; também atinge o credor, pois este também pode obstaculizar o cumprimento da obrigação, agindo de forma contrária à boa-fé, que também está obrigado a observar a lealdade, a colaboração e a proteção. (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 587-594).

²⁵⁸ Em livre tradução: “De outro lado, a potestatividade conferida a um beneficiário do poder unilateral dentro de uma relação contratual pode gerar desequilíbrio. O equilíbrio do contrato demanda que este observe, desde a sua formação e execução o equilíbrio das prestações e um equilíbrio global dos direitos e obrigações dispostos em suas cláusulas. Como a potestatividade tende a favorecer a ruptura do equilíbrio, são admitidos em direito positivo uma vigilância particular da parte e o poder judicial para coibir excessos. Atualmente, o risco de desequilíbrio é coibido graças às noções de abuso, mau uso, desequilíbrio, fraude, arbitrariedade. A diversidade de direitos potestativos traz por consequência uma multiplicidade de textos legais, os quais são suscetíveis de intervenção pelos tribunais.” (VALORY, op. cit., p. 29).

contratual, inclusive, relativizando a força imperativa das convenções firmadas entre as partes.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E NOVA TEORIA CONTRATUAL

Conforme já se expôs, com a era das codificações e o liberalismo econômico, a propriedade e os contratos foram colocados como centro de convergência do universo jurídico, privilegiando a ação individual em face do social e do coletivo, em um processo autofágico que culminou na denominada crise do contrato. Tratava-se do império e prevalência da vontade sobre a lei, manifestada pelas partes de forma a vinculá-las a uma determinada relação jurídica, nos estritos termos predeterminados consensualmente.

O papel desempenhado pela lei nesse modelo liberal-individualista era meramente supletivo, já que havia o predomínio da idéia de que o intervencionismo estatal acarretaria prejuízos às partes, que teriam tolhida sua vontade e a liberdade contratual. No sistema outrora vigente, portanto, “a tutela jurídica limita-se [...] a possibilitar a estruturação pelos indivíduos de relações jurídicas próprias através dos contratos”²⁵⁹, com prevalência e especial tutela da vontade sobre os postulados legais.

Esse papel, meramente supletivo, desempenhado pela lei, com o escopo de tutelar a vontade das partes, no sistema codificado pode ser aferido quando, diante do Código Civil de 1916, verifica-se que os vícios da vontade acarretavam a anulabilidade dos negócios jurídicos (artigos 86 a 113 e 147, inciso II, da Lei revogada) e que outros dispositivos, tais como o artigo 1.079²⁶⁰, tutelava a vontade sobre o direito em si, já que o parâmetro de justiça contratual era ditado por meio da livre manifestação do princípio voluntarista.

A sistemática foi satisfatória para os propósitos e a época em que foi edificada. De fato, a tutela da vontade e da liberdade dos contratantes surgiu como reação da burguesia em face das arbitrariedades praticadas pelo rei e a Igreja durante o medievo e o absolutismo, bem como a necessidade econômica advinda

²⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 54.

²⁶⁰ Assim dispunha o artigo: “A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa.”

do liberalismo econômico, garantindo aos indivíduos o direito de vincularem-se entre si da maneira que melhor lhes aprouvesse. O contrato tornou-se a base da sociedade politicamente organizada²⁶¹, representando o instrumento de circulação de riquezas da sociedade.²⁶²

Não obstante, com o passar dos anos, observou-se que a inexistência de limites ao *pacta sunt servanda* gerou instabilidade social e obstaculizou o pleno desenvolvimento, na medida em que, ao invés de aproximar, passou a ser instrumento de repressão do contratante mais forte sobre o mais fraco, criando abismos entre as partes.

A aplicação do conceito absoluto e formal da igualdade em contratos supostamente paritários acarretou a “despersonalização das relações contratuais”²⁶³ e fez crescer a “mais monstruosa desigualdade econômica que jamais se viu na história do mundo”²⁶⁴.

Conforme leciona Anacleto Oliveira Faria, o contrato foi

*o instrumento por meio do qual se desenvolveram as grandes potências financeiras e se assistiu à ditadura dos trustes e ao esmagamento das pequenas empresas; se pôde dar largas à volúpia do lucro máximo e nunca satisfatório; e, em especial, se impôs as piores condições de trabalho e de vida aos trabalhadores, transformados em proletários.*²⁶⁵

Com a evolução industrial, a mudança no modo de produção dos bens e serviços e o início da globalização econômica, com conseqüente abertura de fronteiras, a crise dos contratos se acentuou, demonstrando o fracasso do modelo liberal. Com o rompimento de velhos paradigmas, os juristas passaram a procurar alternativas que correspondessem aos constantes ciclos, cada vez mais rápidos e complexos, que o mundo contemporâneo exigiu.²⁶⁶ No direito dos contratos, a massificação das relações civis, a pré-elaboração, o estabelecimento de padrões aos quais as partes tinham que simplesmente aderir no momento de contratar, com supressão da fase pré-negocial deu ensejo à ruína do conceito tradicional de

²⁶¹ MARQUES, op. cit., p. 57.

²⁶² Nesse sentido, exemplificativamente, vide MARQUES, op. cit., p. 61, 180; SELEME, op. cit., p. 259; ROPPO, op. cit., p. 6; NALIN, op. cit., p. 110.

²⁶³ NALIN, 2005, p. 111.

²⁶⁴ RÉGUY, Charles apud FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Editora da USP, 1973. p. 49-50.

²⁶⁵ FARIA, op. cit., p. 51.

²⁶⁶ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 113-116.

contrato, já que suprimida a vontade de uma das partes em estabelecer os termos em que iria se vincular à outra e, conseqüentemente, sua liberdade contratual.

Reconheceu-se, com o passar dos anos, que a absoluta igualdade jurídica gerou desigualdade econômica, tendo tal fenômeno sido objeto de críticas pelos juristas a tal ponto que Ripert afirma que “se um dos contratantes pode impor sua vontade e o outro é obrigado, por necessidade, a aderir sem maiores delongas, o contrato não é senão ‘a lei do mais forte’”.^{267,268}

O resultado de todas essas modificações é a ascensão de uma nova crise contratual, causada pela quebra da confiança, fator fundamental para a estabilidade das relações entre particulares, que tem por escopo atribuir segurança aos contratos²⁶⁹, o que demanda o resgate de alguns princípios contratuais perdidos ao longo dos anos – entre eles, o da liberdade – e a adoção de novos critérios – notadamente, o resgate de princípios como o da confiança, da boa-fé, a função social do contrato, a informação, a transparência etc. – para que esses instrumentos realmente cumpram a função para a qual foram criados.

Assim é que, com a repersonalização do direito civil – e conseqüente abandono da patrimonialização, que colocava os bens patrimoniais e as liberdades individuais acima da dignidade da pessoa humana – vem se operando uma releitura da teoria dos contratos e do papel que estes desempenham na sociedade da informação. De acordo com Sérgio Seleme, “A ‘crise’ da codificação é a ‘crise’ dos próprios caminhos até agora percorridos pelo Direito Civil, que deverão se amoldar a uma sociedade, por assim dizer, perplexa”²⁷⁰, o que significa que no novo modelo contratual, adotado a partir do movimento civil-constitucional, o direito subjetivo ganha novos contornos e limites externos, sem ser modificado em sua essência. Isso significa que:

Firma-se a idéia de que não há direitos “absolutos” e ilimitados, como pretensamente o individualismo colocou, ao tomar o homem como ser isolado, como se não estivesse inserido na sociedade. As “situações

²⁶⁷ RIPERT apud FARIA, 1973, p. 51.

²⁶⁸ Ainda com Sérgio Seleme, tem-se que “na idéia de igualdade entre os contratantes, esconde-se a necessária disparidade (econômica, sobretudo) entre o detentor do capital e aquele que precisa alienar a sua força de trabalho ou adquirir determinados bens ou serviços, tendo de sujeitar-se à imposição da vontade do primeiro para garantir a sua subsistência. À igualdade formal corresponde, nas sociedades estratificadas em diversas classes, profunda desigualdade substancial.” (SELEME, op. cit., p. 262).

²⁶⁹ MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 18-23.

²⁷⁰ SELEME, op. cit., p. 256.

jurídicas subjetivas” constituem-se em um complexo de direitos, prerrogativas e deveres que são conferidos e impostos ao sujeito de direito em função de um critério axiológico, não qual não se tutela apenas o interesse do titular, mas de toda uma coletividade, expressando-se como a melhor manifestação do solidarismo ou socialismo. Enquanto o direito subjetivo “nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a noção de situação subjetiva complexa, configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.²⁷¹

De acordo com Teresa Negreiros, a perspectiva civil-constitucional pretende dar sentido, intencionalidade, uma proteção efetiva ao desenvolvimento da pessoa humana, o que acarreta a revisão dos conceitos de família, propriedade e contrato²⁷², dado o caráter de ética solidária, co-responsabilidade, cooperação e lealdade com que esses velhos institutos devem ser oxigenados, por meio das ações dialógicas, pelos operadores do Direito, devendo o contrato, como “formalização jurídica de uma operação econômica que ocorre no seio social”²⁷³, ter seus conceitos revisitados, a fim de que corresponda tanto à nova sistemática constitucional quanto às transformações sociais²⁷⁴.

O contrato passa a ser o meio por meio do qual se concretiza a ordem pública econômica, pois instrumentaliza os negócios e a circulação de bens. Embora ainda tenha força obrigatória – ou seja, deve ser cumprido –, seus limites, sua força vinculante e seus efeitos são revisitados em prol da tutela da boa-fé, da confiança e da função social que desempenham. Logo, seus efeitos são revisitados e relativizados tendo em vista o bem comum, a carga principiológica existente no texto constitucional e sua influência nas regras de direito contratual.

Dada a funcionalização da ciência do Direito, e, conseqüentemente, do direito dos contratos,

o compromisso do direito civil com a tutela da dignidade da pessoa humana é, portanto, assumido pela perspectiva civil-constitucional como inapelável conseqüência da sujeição das relações interprivadas aos ditames constitucionais. Muito mais que autonomia e liberdade individuais, o

²⁷¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 28-29.

²⁷² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61.

²⁷³ SELEME, op. cit., p. 259.

²⁷⁴ CUNHA, Daniel Sica da. *A nova força obrigatória dos contratos*. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato – estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 249.

ordenamento civil e, para o efeito deste trabalho, a ordem contratual em particular são instrumentos de realização existencial da pessoa humana.²⁷⁵

O contrato passa a ser visto como instrumento funcionalizado, jungido de características aptas a conferir, a um só tempo, justiça social e segurança jurídica, conceitos que em um primeiro momento, podem parecer antagônicos, mas são complementares, na medida em que o desenvolvimento da sociedade e das Ciências demanda equilíbrio de forças, de direitos e de obrigações.

Não obstante, levando-se em consideração os princípios constitucionais aplicáveis aos contratos e o teor das cláusulas gerais da boa-fé e da função social (Código Civil, artigos 420 e 421), as quais visam a conferir efeitos juridicamente desejáveis aos contratos, tem-se que sua interpretação deve conduzir para o solidarismo contratual, que nada mais é senão a previsibilidade dos efeitos e a distribuição dos riscos do contrato de forma eqüitativa.²⁷⁶

Reagir à crise do contrato significa reconhecer que o desenvolvimento econômico acarretou a modificação do mercado econômico e a mudança de velhos postulados do Direito Civil, o que obriga sejam as relações inter-empresariais guiadas de acordo com essa nova realidade. Decorre disso a necessidade de interpretar o contrato como uma realidade viva, inserido em um contexto e que apresenta reflexos não apenas na economia, mas na dignidade da pessoa humana e no direito de toda pessoa exercer plenamente seus direitos e tê-los respeitados por princípios e valores que visam a dar coerência e unidade ao sistema jurídico.

Por isso, em meio a essas modificações sofridas no Direito como um todo e nos contratos de forma especial, a autonomia privada sofreu restrições, dado o valor conferido ao solidarismo, o que não significa que o contrato tenha perdido sua força obrigatória. Basta que se promova a releitura do direito dos contratos, rompendo com os velhos paradigmas: autonomia da vontade, da liberdade contratual e da paridade dos contratantes, em busca da formulação de novos conceitos, pautados em princípios solidaristas, que tenham a tutela do indivíduo e o equilíbrio das relações sociais como parâmetros para o desenvolvimento econômico e social.

De acordo com o ensinamento de Judith Martins-Costa:

Atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função e a categoria do direito subjetivo,

²⁷⁵ NEGREIROS, op. cit., p. 61-62.

²⁷⁶ MARQUES, 2007, p. 27-28.

posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo 'mito jusnaturalista' que a recobriria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.²⁷⁷

De igual forma, em razão da Constituição Federal elevar a dignidade da pessoa humana como vetor axiológico interpretativo de todo o ordenamento jurídico, e invocar o solidarismo e os princípios constitucionais econômicos como molas propulsoras do desenvolvimento social e da estabilidade das relações jurídicas, surge a necessidade de resgatar a ética e a confiança dos contratos como instrumentos balizadores dos negócios jurídicos que regem a sociedade com transparência, informação, boa-fé e lealdade.^{278,279}

Para Paulo Velten, atualmente, a concepção de contrato vai além do instrumento de circulação de riquezas outrora existente entre as partes. Tem como função promover a solidariedade, a justiça social, a livre iniciativa e a dignidade da pessoa humana, não podendo ser nocivo à sociedade. Sua função social permite que o juiz ingresse no âmago do contrato para decidir diversamente da vontade das partes, visando a harmonizar os interesses individuais com os socialmente desejáveis e aceitos.^{280,281}

Esse novo direito contratual, portanto, não é antagônico ao clássico; apenas acrescenta-lhe novos princípios, com conseqüente fragmentação e relativização da teoria contratual, visando a adaptar esse instrumento de realização da dignidade da pessoa humana por meio da circulação de riquezas aos princípios constitucionais e éticos.

²⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 351-352.

²⁷⁸ MARQUES, 2007, p. 48-52.

²⁷⁹ NEGREIROS, op. cit., p. 106-114.

²⁸⁰ VELTEN, op. cit., p. 435-438.

²⁸¹ Complementando esse raciocínio, Ricardo Luiz Lorenzetti afirma que a atual sistemática contratual leva em conta três funções promocionais dos contratos: a) a tutela da expectativa legítima, mediante o estímulo da cooperação entre os contratantes; b) a facilidade da contratação, visando a contemplar a vontade das partes, o que gera benefícios econômicos, tanto em se tratando de um contrato empresarial, quanto quando se fala em relações de consumo; c) a proteção às partes do contrato, tendo em vista o reconhecimento de que os indivíduos não são, muitas vezes, livres e iguais na mesma proporção. Autoriza-se, então, a exploração de um determinado ramo de atividade e a celebração dos contratos respectivos, mediante a análise do grau de risco e a imposição de responsabilidades às partes. (LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Tratado de los contratos*: parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 153).

Conforme ensinamentos de Teresa Negreiros,

a análise da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social consiste, portanto, no primeiro e imprescindível passo para que se percebam as modificações que o enfoque constitucional é capaz de produzir sobre a teoria dos contratos [...]. Nomeando e contextualizando, sob o prisma constitucional, as modificações que os novos princípios acarretam no modo de se conceber a relação contratual, estaremos abrindo o caminho que levará à proposição de um novo paradigma da teoria contratual: o paradigma da essencialidade [...].²⁸²

Em feliz síntese sobre o novo direito dos contratos, que emerge como resultado da ingerência civil-constitucional sobre a sistemática jurídica e, ainda, sobre o importante papel desempenhado pelo jurista na reconstrução do direito dos contratos, adaptado à nova realidade social e oxigenado pelo resgate de princípios ético-morais, Cláudia Lima Marques assevera que:

Em resumo, no Brasil de hoje, a construção de um direito privado com função social estão a depender do grau de domínio que os aplicadores da lei conseguirem alcançar neste momento sobre o sistema de coexistência do direito do consumidor, do direito civil e direito empresarial ou comercial das obrigações. A hora é de especialização e rigor, de atenção e estudo, pois a reconstrução do direito privado brasileiro identificou três sujeitos: o civil, o empresário e o consumidor, mesmo se os princípios do Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor são – em geral – os mesmos!²⁸³

Ainda com Cláudia Lima Marques, pode-se afirmar que, dados os três tipos de relação contratual atualmente existentes no Direito – a saber, de direito civil, de consumo e empresária – e a influência dos princípios constitucionais sobre as relações humanas, emerge ao jurista a importante missão de compatibilizar do “diálogo das fontes principais do direito privado brasileiro”²⁸⁴, por meio da ponderação e da funcionalização das relações jurídicas como um todo. Não há mais falar-se em cláusulas contratualmente firmadas entre as partes, de maneira dissociada da realidade onde o contrato se insere, já que

El Derecho contractual tiene por función beneficiar a la sociedad disminuyendo los costos de transacción, facilitando la actividad económica, haciéndola más eficiente, y promoviendo la evolución de los recursos hacia su uso más valioso. Para que esto suceda el Derecho contractual asiste a las partes proveyendo modelos de actuación, términos Standards y una maquinaria para resolver conflictos. Se presenta entonces como una

²⁸² NEGREIROS, op. cit., p. 114.

²⁸³ MARQUES, 2007, p. 54.

²⁸⁴ Id. ibid., p. 62.

*exericencia social consolidada em regras de carácter supletorio e imperativo.*²⁸⁵

O fato do contrato existir e de gerar efeitos entre suas partes, terceiros e à sociedade, como instrumento de fomento e desenvolvimento social, demanda a presença de elementos como a eticidade, a solidariedade, a boa-fé e a funcionalidade para que efetivamente cumpra seu papel constitucional e socialmente desejável. Isso porque, com a socialidade e a solidariedade humanas, “o ordenamento jurídico sai melhorado, humaniza-se, operacionaliza-se em função do indivíduo, permitindo que este realize suas potencialidades na conformidade do interesse social, sem que isso represente a anulação ou o isolamento do ser”²⁸⁶.

Logo, não se pode conceber mais qualquer relação jurídica – notadamente, a contratual – desconsiderando o texto constitucional e toda a carga axiológica trazida em seu bojo. O resultado desse processo é a oxigenação do direito dos contratos, que relativiza o *pacta sunt servanda* e deixa de lado velhos postulados antes intocáveis pela lei e pelo juiz, em busca da realização do que se pode denominar de “justiça contratual”, que nada mais seria senão a colocação do contrato e de seu objeto como meio para a consecução de bens maiores, voltados à realização humana, à sua felicidade.²⁸⁷

Esses, os verdadeiros valores que devem ser objeto de tutela pelo ordenamento jurídico.

2.2.1 Socialização dos contratos e papel da empresa no mercado econômico

A nova ordem constitucional, instaurada em 1988, denunciou a decadência do modelo contratual clássico adotado no Brasil, pautado no voluntarismo, e deu ensejo à relativização de diversos conceitos jurídicos até então adotados. “Esta renovação teórica do contrato à procurada da equidade, da boa-fé e da segurança nas relações contratuais vai aqui ser chamada de socialização da teoria

²⁸⁵ Em livre tradução, “O Direito contratual tem por função beneficiar a sociedade, diminuindo os custos das transações, facilitando a atividade econômica, tornando-a mais eficiente e promovendo a evolução dos recursos para seu uso mais valioso. Para que isto ocorra, o Direito contratual auxilia as partes promovendo modelos de atuação, determinados *standards* e uma sistemática para resolver conflitos. Apresenta-se, então, uma experiência social consolidada em regras de caráter supletivo e imperativo”. (LORENZETTI, op. cit., p. 153-154).

²⁸⁶ VELTEN, op. cit., p. 412.

²⁸⁷ ROSENVALD, op. cit., p. 7.

contratual”²⁸⁸, tendo em vista que possui como fins últimos a realização da justiça e a busca do equilíbrio contratual, esvaziados ao longo dos anos.

Essa releitura do sistema contratual se ancora na crise da pós-modernidade que, diante da ineficácia e da fragmentação do modelo anteriormente adotado na sistemática jurídica nacional, teve como reação a produção de um novo sistema jurídico, com especial enfoque na valorização da dignidade da pessoa humana, de maneira que cada indivíduo identifique no outro um sujeito de direitos fundamentais²⁸⁹, de maneira que “apesar da complexidade das relações atuais e do sistema do direito, há que prevalecer uma ética reconstrutiva, uma dogmática renovada e uma interpretação protetiva e justa para os mais fracos na sociedade de modo a tornar eficaz o direito”²⁹⁰.

A socialização dos contratos, embora seja tema de amplos debates quando se fala em contratos massificados, relações de consumo ou de trabalho, também se aplica aos contratos ditos paritários, ou seja, àqueles regulados pelos dispositivos do Código Civil, nos quais, em tese ou não, as partes ainda gozam do direito-poder de discutir livremente suas cláusulas e condições gerais, obrigando-se somente e nos limites de sua vontade, dado que

na modificação do contrato está a garantia de sua preservação, atendendo aos interesses de um sistema econômico também modificado. A mudança estrutural e funcional do contrato se faz para que este mecanismo jurídico possa se adequar bem ao atendimento de novas finalidades, de novos rumos [socioeconômicos].²⁹¹

A releitura do modelo contratual deve ser feita levando em conta que a empresa é parte integrante e fundamental para o desenvolvimento da sociedade, não apenas no que se refere à circulação de riquezas, como também aos fins sociais aos quais ela se destina, ao desenvolvimento social e cultural do povo e à realização da dignidade da pessoa humana: dos consumidores, de seus empregados, das demais empresas e profissionais que com ela contratam e, ainda, de seus próprios sócios.²⁹²

²⁸⁸ MARQUES, 2005, p. 167.

²⁸⁹ Id. *ibid*, p. 177.

²⁹⁰ Id. *ibid*, p. 179.

²⁹¹ SELEME, *op. cit.*, p. 267.

²⁹² Nesse sentido, já se destacou que “Diante da multidisciplinariedade das ciências sociais, necessária para o desenvolvimento de uma nação, alguns valores, entre eles o do trabalho e o da livre iniciativa, colocam-se como formas de realização do princípio metajurídico da dignidade da

Além disso, o reconhecimento de que o contrato tem especial relevância como instrumento catalisador de novas formas de riqueza, “instrumento qualificado de desenvolvimento da nova ordem econômica”²⁹³, cujo papel é desempenhado pelas empresas, entidades responsáveis pelo desenvolvimento da economia, demanda especial tutela do ordenamento jurídico, tanto no que se refere às partes que figuram em tais contratos, quanto ao seu conteúdo.

Diante dessas colocações, não se pode desmerecer “a importância crescente da empresa como coração da vida econômica e social da sociedade contemporânea”^{294,295} e, decorrência desse fato, emerge o papel fundamental desempenhado por ela na realização dos princípios econômicos constitucionais, entre eles o desenvolvimento de forma digna e de acordo com os parâmetros econômicos que a sociedade hodierna demanda. Afinal, “atividade econômica e direito contratual estão em permanente relação de interação de retroalimentação.”²⁹⁶

Aliás, a própria noção de empresa traz, em seu bojo, os valores sociais que esta figura representa, tanto para a sociedade, quanto para o próprio empreendedor.

Nesse sentido, destaca-se, com Rubens Requião:

Mas hoje o conceito social de empresa, como o exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o empresário comercial não seja mais o empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, mas um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, mas consciente de que constitui uma peça importante no

pessoa, vetor da existência do próprio ser humano. Frente a esses princípios, conceber a empresa e a atividade do empreendedor, enquanto formas de realização dos principais valores individuais e sociais perseguidos pelo cidadão e pelo Estado é um grande desafio, mas, ao mesmo tempo, tarefa essencial ao jurista que, atento à realidade existente ao seu redor, e ciente da superação dos paradigmas da modernidade, deve buscar meios de garantir ao empreendedor o exercício pleno de suas prerrogativas constitucionalmente tuteladas, entre elas, a de estar no mercado de trabalho e a de exercer sua atividade empresarial com dignidade. Mesmo porque, em última análise, a atividade da empresa e a do empreendedor, desde que realizadas de acordo com os ditames constitucionais, asseguram a realização de todos os direitos fundamentais da pessoa humana e os valores de um Estado de Direito.” (BESTER, Gisela Maria Benitez; OBICI, Renata Cristina. Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à figura do empreendedor. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONPEDI, 16, 2007, Campos dos Goytacazes. *Anais...* Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2007).

²⁹³ SELEME, op. cit., p. 268.

²⁹⁴ WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 98, 1995, p. 52.

²⁹⁵ Oportuno ressaltar que, embora atividade econômica seja aquela que, preponderantemente, destina-se à produção de lucro, não se limita a esse conceito. Tem a ver, também, com a produção ou a circulação de riquezas, estando previstas no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que estabelece quais são as atividades tidas como econômico-lucrativas. Trata-se do desenvolvimento de atividades relativas à prestação de serviços e produção de bens, assim como o comércio. Logo, a atividade econômica é uma dessas modalidades.

²⁹⁶ SELEME, op. cit., p. 260.

mecanismo da sociedade humana. Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da sociedade em que vive.²⁹⁷

Em sentido complementar, é o conceito de Modesto Carvalhosa, para quem

a empresa é a racionalização dos fatores econômicos, tecnológicos e humanos da produção, instituída sob a forma de pessoa jurídica, a companhia. Tem a empresa uma óbvia função social, nela sendo interessados os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais.²⁹⁸

Justamente em razão da importância que a empresa desempenha na sociedade atual, a atividade empresarial torna-se digna de especial tutela pelo sistema jurídico, principalmente diante da nova realidade contratual que se apresenta. Disso decorre a necessidade de se operar a releitura da sistemática contratual ligada à atividade da empresa com base na leitura civil-constitucional dos direitos e frente à ressystematização dos contratos na pós-modernidade.

Se cada um dos ramos do Direito deve ser pensado, não de acordo com a Constituição Federal, mas a partir desta, é certo que o direito empresarial e as relações contratuais envolvendo empresas merecem lugar de destaque no estudo dos juristas, na medida em que traduz o rumo da economia e o caminho a ser traçado para o desenvolvimento social. Mesmo porque, é a empresa, em seus inúmeros aspectos²⁹⁹, que dá suporte para o desenvolvimento econômico de uma nação e da preservação da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, convém destacar que “contrato e empresa devem, hoje, atender a finalidades distintas daquelas perseguidas pelo Estado liberal que engendrou os Códigos modernos”³⁰⁰, o que significa que, ao mesmo tempo em que faz-se necessário revisitar os conceitos e princípios contratuais, a funcionalidade da empresa e o relevante papel desempenhado por ela no desenvolvimento econômico do país também devem ser objeto de especial tutela pelo Direito, o que deve ser feito com a efetivação dos princípios relacionados no artigo 170 do texto

²⁹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1. p. 74.

²⁹⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v.3. p. 237.

²⁹⁹ Asquini assevera que a empresa deve ser analisada nos perfis subjetivo, funcional, patrimonial e corporativo. (FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 670-671).

³⁰⁰ SELEME, op. cit., p. 271.

constitucional e da revisitação de velhos princípios contratuais aplicados nas relações jurídicas ditas “paritárias”, tão somente pelo fato de envolverem empresas.

A atual sistemática do direito contratual, socializado, não exclui de seu quadro a participação das empresas, nem diminui a importância do papel desempenhado por estas para a consecução dos objetivos do Estado. Nesse diapasão, “O Direito deve ser um elemento de garantia do homem, conduzindo-o de modo seguro ao futuro, e não serve senão para se realizar, pacificando os conflitos de interesses que se estabelecem no interior da sociedade”³⁰¹, aí se inserindo o papel que a empresa desempenha na realidade econômica mercadológica, não como entidade assistencialista, mas sim funcionalizada.

É que, conquanto seja certo que o objetivo da empresa é o lucro, sendo essa a essência da atividade desenvolvida³⁰², a realização de seu objeto não está dissociado da missão que esta desempenha no mercado, que é figurar como agente econômico, promover o emprego, fomentar a circulação de riquezas, de maneira a alcançar benefícios para si, aos sócios que compõem o quadro social, aos empregados que nela trabalham, àqueles com quem ela contrata e, por fim, a toda a rede de consumidores dos produtos ou serviços disponibilizados no mercado. Vê-se que, embora o lucro seja a finalidade imediata da empresa, a realização da dignidade humana coloca-se como pano de fundo da atividade desenvolvida, já que é vetor axiológico do ordenamento jurídico.

E é justamente por fomentar o desenvolvimento social, criando novos empregos, erradicando a pobreza, diminuindo as desigualdades sociais e regionais, preservar a livre iniciativa, com respeito ao consumidor, fomentar a concorrência, entre outros objetivos da República Federativa do Brasil, que a empresa se coloca como agente de importância ímpar frente ao direito dos contratos, devendo ser aplicadas a elas as mesmas regras que tutelam as demais relações interpessoais.

Isso significa que não se deve considerar paritário todo contrato celebrado entre empresas; tampouco que não exista contrato de adesão ou limitação à liberdade contratual nos contratos em que figura como parte a empresa. Antes disso, a análise substancial de cada uma das partes de uma dada relação contratual

³⁰¹ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 61.

³⁰² ROQUE, Sebastião José. *Tratado de direito empresarial*. São Paulo: Ícone, 2003. p. 80.

denota que, não raras vezes, existem, senão grandes abismos, ao menos uma desproporção substancial entre os agentes econômicos.

Por esse motivo, a conjugação dos princípios constitucionais com a nova sistemática contratual, repersonalizada, mais ética, moralizada e socializada acarreta substanciais mudanças não apenas nas relações jurídicas firmadas entre pessoas naturais, mas também naquelas ditas interempresariais.

Disso decorre, como adiante se exporá, a revisitação dos postulados contratuais, e a relativização de direitos, inclusive quando se trata de relações firmadas no ambiente empresarial, já que a saúde econômica do país depende da tutela da empresa e dos contratos por ela firmados, possibilitando-lhe, assim, a existência de um ambiente de livre concorrência, na qual a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico não sejam suprimidos pelo ranço do imperialismo liberal.

2.2.2 Importância e função das cláusulas gerais

Nesse ponto, colocada a problemática existente nos contratos empresariais, compete estabelecer um mínimo de critérios hábeis para tutelar as partes na atual sistemática jurídica.

Por cláusula geral, entende-se a norma que carrega consigo “uma ‘previsibilidade geral’ de condutas, ao modo de ensejar o tratamento ‘em conjunto’ de um vasto domínio de casos”³⁰³, sendo construída com termos semanticamente imprecisos, mas que permitem a ao juiz aplicá-la em um determinado caso concreto, de acordo com o contexto em que a norma é inserida no sistema e as hipóteses em que deve incidir.

Não se trata de obscuridade da norma, mas de abertura desta, permitindo ao intérprete invocá-la, à luz dos preceitos axiológico-normativos dos sistema jurídico, em diversos casos concretos, dada a maleabilidade do contexto em que se encontra inserida.

As cláusulas gerais não se confundem com princípios³⁰⁴, tampouco com os conceitos jurídicos indeterminados³⁰⁵, já que são dotadas de incompletude e, por

³⁰³ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 304.

³⁰⁴ De acordo com Ronald Dworkin, normas e regras têm a mesma aplicação, e princípios são verdadeiros *standards*, subdivididos em diretrizes (*policy*: um propósito a ser atingido em prol da

esse motivo, não se aplicam automaticamente no caso concreto. Ao contrário, demandam atividade do operador jurídico³⁰⁶, no sentido de que este analise, valorativamente, o caso concreto para aferir se há ou não incidência da cláusula geral em um determinado caso concreto.³⁰⁷

O que deve restar muito claro quando o jurista se utiliza de uma cláusula geral para solucionar um determinado caso concreto é que a este não é conferida liberdade ampla e ilimitada. Ao contrário,

nas cláusulas gerais, a concretização da valoração e a formação da estatuição só pode operar perante o caso concreto, ou em face de grupos de casos considerados como 'típicos'. Não é viável, aqui, a abstração generalizante, a qual, por ser generalizante, 'tipifica' e encerra, em determinados e fixos róis, o que é geral e o que é excepcional. Pelo contrário, porque não há, na própria norma, esta fixação punctualizada da consequência jurídica correlata à hipótese legal, haverá, a par da necessidade de precisar a hipótese, mediante o processo de reenvio, o dever de estabelecer a consequência conforme o instrumental oferecido pelo sistema, do que derivará uma imensa potencialidade de sua formação, tarefa para a qual, inclusive, é chamada a cooperar a doutrina.³⁰⁸

As cláusulas gerais têm a função de tornar o sistema jurídico mais permeável, móvel, e surgiram como decorrência da falência das codificações e do dogmatismo jurídico, que engessava o ordenamento jurídico e limitava a tarefa do intérprete da norma a operar meras subsunções. Ao inserir tais cláusulas no sistema, operou-se verdadeira abertura deste, viabilizando, inclusive, o constante

sociedade) e princípios propriamente dito (*principle*: um propósito mais atrelado à idéia de justiça, equidade, moral). A razão de ser de cada um é que diferencia regras e princípios. Enquanto o conflito daquelas demanda a exclusão de uma pela outra (juízo de validade), a destes vai além da subsunção jurídica, atrelando-se ao seu valor, na medida em que eventual conflito entre eles é solucionado de acordo com o peso ou a força de cada um no caso concreto. Um princípio não exclui o outro. O que ocorre é o afastamento episódico de um, que cede lugar a outro, para uma determinada hipótese, embora ambos continuem sendo válidos e contenham a mesma força normativa. (apud BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 86-87). A diferença existente entre regras e princípios é estrutural, pois dotados de pesos diferentes, sendo que cada um atua em uma diferente dimensão. Também nesse sentido, MARTINS-COSTA, op.cit., p. 315-324.

³⁰⁵ Nesse caso, embora ambos contenham em seus enunciados vagueza semântica, a cláusula geral demanda atuação ativa do juiz para a formulação da norma, enquanto no conceito jurídico indeterminado, o juiz opera mera subsunção, sendo-lhe vedado atuar de forma criativa. Logo, enquanto no primeiro há uma atuação ativa do juiz, no segundo, é procedida mera subsunção do fato à norma. (BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 69). Também nesse sentido, MARTINS-COSTA, op. cit., p. 324-328.

³⁰⁶ Ao tratar do tema, Martins-Costa refere-se apenas ao juiz (op. cit., p. 332). Contudo, como o ordenamento jurídico se dirige, antes, ao seu operador e, somente após, ao juiz, bem como, considerando o relevante papel desempenhado pela doutrina na evolução do pensamento jurídico, impende reconhecer que a missão de atribuir concretude a uma cláusula geral também é outorgada aos juristas como um todo.

³⁰⁷ Id. *ibid.*, p. 332.

³⁰⁸ Id. *ibid.*, p. 340-341.

fluxo de informações Constituição-normas infraconstitucionais, o que dota toda a sistemática de valores e faz com que os princípios legais sejam oxigenados pelos preceitos constitucionais em operações dialéticas.

Conforme bem pontua Daniel Sica da Cunha:

A inserção de cláusulas gerais no sistema civilista permite uma abertura do sistema, por meio da qual os direitos fundamentais e a ordem pública constitucional irradiam seus efeitos para todas as relações privadas, especialmente as contratuais, incumbindo ao juiz dar efeito concreto à norma. São nas disposições imperativas abertas, portanto, que o papel do juiz se sobressai.³⁰⁹

Partindo da adoção da sistemática de cláusulas gerais, o operador jurídico deixa de solucionar o caso concreto com base, exclusivamente, em regras jurídicas, e passa a buscar no sistema o melhor caminho para a adaptação do Direito à realidade posta.

Dada essa característica maleável conferida à norma dotada de cláusula geral, a formação dela ocorre em um processo lento e complexo³¹⁰, já que funciona “como o ponto de referência e de conexão entre os diversos casos levados à apreciação judicial”³¹¹.

Atualmente, no campo dos contratos, convém ressaltar que a função social e a boa-fé encontram-se previstas em cláusulas gerais (artigos 421³¹² e 422³¹³ do Código Civil), o que permite ao operador do Direito moldá-las ao caso concreto, a fim de que o contrato atinja seu objetivo primordial que é, no campo do direito empresarial, instrumentalizar a circulação de riquezas, promovendo, com isso, o desenvolvimento do país por meio das operações econômicas.³¹⁴

2.2.3 Novos princípios do direito contratual

Estabelecida a ordem de idéias que atualmente deve reger as relações contratuais, principalmente após a entrada em vigor da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, impende ressaltar

³⁰⁹ CUNHA, op. cit., p. 278-279.

³¹⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 342.

³¹¹ Id. *ibid.*, p. 343.

³¹² Art. 421 A liberdade de contratar é exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³¹³ Art. 422 Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³¹⁴ Nesse sentido (final do parágrafo) ROPPO, op. cit, p. 10 e ss.

como o operador jurídico deve olhar o novo com os olhos de novo³¹⁵, o que significa dizer que, diante da falência do modelo contratual clássico, a autonomia privada e a liberdade contratual devem ser revisitadas de acordo com os novos princípios que informam o contrato.³¹⁶

De acordo com Antonio Junqueira Azevedo, os princípios contratuais deixaram de gravitar em torno do dogma da autonomia privada, acabaram por reduzi-la, já que possuem por escopo coibir excessos praticados pelas partes no exercício da liberdade contratual, e consistem na boa-fé objetiva, no equilíbrio econômico-financeiro do contrato e na função social do contrato.³¹⁷

O que se percebe no novo cenário instaurado nas últimas décadas do século XX é o fortalecimento dos postulados da eticidade, da socialidade e da operacionalidade, conforme adiante se exporá.

2.2.3.1 Boa-fé objetiva e seus sub-princípios como nortes interpretativos das relações jurídicas

O princípio da boa-fé é, atualmente, dotado de grande importância na sistemática jurídica obrigacional, haja vista que, a partir dele, houve a revisão dos conceitos de autonomia privada, liberdade contratual e dos limites e efeitos dos contratos. Sua força normativa surgiu com o advento do Código de Defesa do Consumidor, que surgiu como mecanismo de tutela das partes vulneráveis das relações contratuais de massa, que prevê em seus artigos 4º, inciso III³¹⁸, artigo 6º, incisos I a V³¹⁹, e 51, inciso IV³²⁰ a tutela do consumidor nesses parâmetros.

³¹⁵ Como bem pontua Daniel Sica da Cunha, “negar a nova realidade contratual, permanecendo apegado tão-somente aos princípios clássicos em uma era sufocada pela massificação social é fechar os olhos para uma realidade que se impõe” (CUNHA, op. cit., p. 252).

³¹⁶ De acordo com Teresa Negreiros, a revisão dos postulados da teoria contratual clássica não implica no abandono destes, na sua releitura, à luz dos valores constitucionais da justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza e da proteção ao consumidor, por meio da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social. (NEGREIROS, op. cit., p. 106-114).

³¹⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 750, abr. 1998, p. 113-120.

³¹⁸ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo

A redação dada pelo Código evidencia que a boa-fé objeto de tutela pela ordem jurídica não dependia do estado de consciência do agente, mas, ao contrário, primava pela conduta leal, honesta e adequada aos fins perseguidos em cada relação obrigacional.³²¹ Disso decorre que a boa-fé referenciada na atual sistemática jurídica é a objetiva, que nada mais é, “em sua versão original germânica, uma cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato”³²². A finalidade última dessa cláusula geral, que revela verdadeiro padrão normativo de conduta para os indivíduos, é coibir o mau uso ou abuso do direito praticado pelas partes, restabelecendo, com isso, a ética e a confiança nas contratações. Nesse sentido, Ronnie Preuss Duarte pondera:

A boa-fé permite que o direito seja permeado de uma forte noção ética. Veda-se a malícia, a intenção de prejudicar. Desde as negociações preliminares, passando pela execução propriamente dita e mesmo após o cumprimento das prestações pelos contratantes, remanesce um vínculo e deveres recíprocos. Há uma acentuada preocupação na proteção da situação de confiança que resulta de um contato negocial, que o ordenamento jurídico procura salvaguardar.^{323,324}

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;

³¹⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; [...]

³²⁰ Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...]

³²¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32.

³²² Id. *Ibid.*, p. 32-33.

³²³ DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro. *Revista dos tribunais*, a. 92, v. 817, nov. 2003. p. 50-51.

³²⁴ A assertiva merece reparos, tendo em vista que, ao fazer referência à “malícia” e à “intenção de prejudicar”, o autor subjetivou a boa-fé, quando a tutela legal atualmente existente refere-se à boa-fé objetiva, que é dita o padrão de conduta das partes em uma relação jurídica, determinando-as a ajam agir com lealdade e probidade. Logo, o elemento intencional perdeu importância, já que, atualmente, é a conduta proba que dita a regularidade ou não do ato.

Daí falar-se, atualmente, que o princípio da boa-fé representa, para o negócio jurídico, o valor da ética, da lealdade do comportamento conforme das partes, da transparência e veracidade das informações; por apresentar-se de forma tão difusa no ordenamento jurídico, agrega valores morais ao negócio jurídico e tem “irradiação difusa [...], conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos ele assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual”³²⁵. A boa-fé tutelada pelo ordenamento jurídico encontra fundamento nos preceitos constitucionais da humanização das relações sociais e do solidarismo, tal como já exposto.

Tamanha a contribuição da boa-fé objetiva para que se opere a releitura do modelo contratual clássico, que Judith Martins-Costa afirma ser essa cláusula geral responsável pela “subversão” do direito obrigacional clássico^{326,327}. A jurista sustenta, logo em seguida, ao diferenciar a boa-fé objetiva da subjetiva, que:

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar [...] modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância [...] de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoística’ à literalidade do pactuado.³²⁸ (*sic.*)

Embora ainda exista previsão legal, determinando a aplicação da boa-fé subjetiva, enquanto situação ou fato psicológico determinante para a validade e eficácia de determinados fatos jurídicos, tal como ocorre com o artigo 1.201 do

³²⁵ NEGREIROS, op. cit., p. 116.

³²⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 410.

³²⁷ Apesar da jurista utilizar o termo “subverte” em sua afirmação, mais conveniente a utilização de expressões como “releitura” ou “oxigenação” para descrever a importância e a força normativa contida nesse princípio. Isso se explica pelo fato de que a boa-fé não acarretou a extinção dos postulados clássicos dos contratos, já que, conforme acima se expôs, a teoria contratual clássica ainda existe, mas encontra outros fundamentos e, mais, novas limitações ao exercício da autonomia privada pelos indivíduos. Logo, o que ocorreu não foi uma “subversão” de princípios, mas uma superação de velhos postulados, com a incidência de novos valores sociais e de padrões éticos, na tentativa de se restabelecer o equilíbrio e a justiça nas relações negociais.

³²⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 411-412.

Código Civil³²⁹, no campo das relações contratuais, a boa-fé assume contorno mais nítido, de padrão normativo, o que significa a imposição de deveres de condutas aos agentes para que seja aferida a não infringência ao ordenamento jurídico.³³⁰ Logo, na sistemática jurídica em vigor, não basta que ao indivíduo mera passividade ou ausência de ânimo de prejudicar outrem; impõe-se a prática de condutas ativas, tendentes a realizar o seu direito sem causar dano injusto ao direito alheio. Esse o pano de fundo sobre o qual a boa-fé objetiva se constrói.

Para além disso, a boa-fé objetiva demanda a observância a um dever geral das partes agirem com lealdade, transparência e cooperação; a obrigação de prestar informações relevantes à contraparte [ou à coletividade]; o restabelecimento da confiança e de postulados éticos que, necessariamente, devem guiar as relações jurídicas.

A inserção da boa-fé objetiva como parâmetro de atuação das partes nos contratos significa, a um só tempo, existirem deveres de conduta anexos às obrigações principais para ambas as partes, os quais não precisam estar dispostos em um contrato, eis que decorrem da própria convivência em sociedade ou mesmo do senso comum. Conseqüentemente, a boa-fé coloca-se como elemento limitador de direitos e de poderes outrora concedidos aos indivíduos³³¹, tendo a confiança um dos elementos que formam seu conteúdo substancial, já que é esta que traz em seu bojo a determinação para que as partes ajam com lealdade, de maneira a traduzir segurança nos atos praticados.³³²

De acordo com Claudia Lima Marques,

boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.³³³

³²⁹ Art. 1.201 É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

³³⁰ NEGREIROS, op. cit., p. 120-121.

³³¹ MARQUES, 2005, p. 104.

³³² BARACAT, op. cit., p. 177-179.

³³³ MARQUES, 2005, p. 216.

Como elemento limitador ao exercício dos direitos subjetivos³³⁴, Judith Martins-Costa reconhece, textualmente “a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos”³³⁵, atribuindo a esse princípio conformador do direito negocial a tarefa de atribuir funcionalidade aos direitos.

O que se verifica a partir da sistematização dos contratos, decorrente da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, é que estabeleceu-se, em princípio, um critério reequilibrador das relações não-paritárias³³⁶ e, posteriormente, com a entrada em vigor do atual Código Civil, esse dever de conduta estendeu-se também às relações paritárias³³⁷, o que significa que, atualmente, todas as relações jurídicas – entre elas, as empresariais – devem pautar-se nesse cânone hermenêutico para que atendam à sua finalidade.

Isso tudo significa que o contrato deixou de ser instrumento em que as partes devem se limitar a cumprir as cláusulas nele expressas, de forma restrita, e assumiu contornos muito mais amplos, refletindo a tutela da confiança existente entre as partes, da cooperação e da necessária lealdade que deve guiar as relações sociais, desde a fase pré-contratual, até o respeito à eficácia pós-contratual.³³⁸

Especificamente sobre a confiança que emerge da boa-fé objetiva, Paulo Nalin assevera que

a confiança remete o estudioso ao pensamento da superação definitiva de um contrato baseado na vontade contratual, pois a aparência faz parte do tráfico das relações jurídicas em um mundo exterior ao desejo contrato. [...] Aliás, a confiança se mostra, inicialmente, com[o] sendo a chave de proteção daqueles que contratam sem expressa manifestação de vontade,

³³⁴ Apesar da doutrina, freqüentemente, referir-se à boa-fé como limitador ao exercício dos direitos subjetivos, sem especificar se a expressão utilizada se refere à sua acepção lata ou estrita, a acepção aqui adotada é em sentido amplo, ou seja, engloba os direitos subjetivos em sentido estrito, os direitos potestativos e os poderes-deveres, já que a ordem principiológica atualmente em vigor, decorrente da aplicação de princípios mais solidarísticos e de cooperação entre os indivíduos não se limita a uma determinada modalidade de atos jurídicos, já que o reconhecer-se no outro e a atuação refletida adotada doutrinariamente como padrões normativos de conduta acarretam a releitura de todos os atos jurídicos, aí incluídos os egoísticos, tal como ocorre com o exercício dos direitos potestativos. O que se pretende, com isso, não é extrair do indivíduo a prerrogativa de exercer um direito reconhecido pela ordem jurídica, mas, ao contrário, estabelecer limites a esse poder, diante de regras morais e dos padrões de conduta que devem ser observados na prática de qualquer ato da vida em sociedade.

³³⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 454.

³³⁶ TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 33.

³³⁷ Id. *ibid.*, p. 34.

³³⁸ Nesse sentido, Eduardo Milléo Baracat assevera que “não há que se confundir, no entanto, a função do princípio da boa-fé com a fase do contrato em que incide. Assim, a boa-fé objetiva incide na fase pré-contratual, na medida em que cria deveres para as partes, mesmo antes da celebração do contrato, o que não significa que essa fase seja uma função da boa-fé, o que ocorre, da mesma forma, com a fase pós-contratual.” (BARACAT, op. cit., p. 182).

pois, se nem ao menos se trata do relacionamento estabelecido em nível contratual, formalmente falando, o que se dirá das garantias e salvaguardas sempre presentes nos contratos. Reafirma-se, mais uma vez, agora no paralelo entre confiança e contrato de fato, a derrocada do voluntarismo contratual.³³⁹

A nova sistemática contratual vigente, que tem o princípio da boa-fé objetiva como pano de fundo das relações sociais, colocando-a como “verdadeiro *elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida pelo contrato*”³⁴⁰, demanda uma atuação mais proba, funcionalizada e socializada dos contraentes, possibilitando que o contrato atinja os objetivos para os quais foi firmado entre as partes, sempre levando em conta a equidade, a razoabilidade e a cooperação que, necessariamente, devem guiar as relações contratuais.

Para melhor elucidar o sentido e o alcance do princípio da boa-fé objetiva, a doutrina, ancorada na célebre obra de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro³⁴¹, pontua que suas funções são: a) a boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo; b) a boa-fé como limitação ao exercício dos direitos subjetivos; c) a boa-fé como norma de criação de deveres jurídicos.³⁴²

Enquanto cânone hermenêutico-integrativo, a boa-fé demanda uma interpretação integrada do contrato, o que significa “traduzir o comportamento das partes, de acordo com a finalidade e função social da correspondente relação jurídica, vista, conforme sua complexidade, como uma ordem de cooperação”³⁴³, assegurando, com isso, a plena produção dos efeitos objetivamente esperados de uma determinada relação jurídica, por meio da adoção de comportamentos devidos pelos respectivos agentes³⁴⁴, o que se opera concretamente, em cada relação

³³⁹ NALIN, 2005, p. 158.

³⁴⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 418. Destaque no original.

³⁴¹ MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 407 e ss.

³⁴² Claudia Lima Marques parte de referencial teórico diverso e enumera como funções da boa-fé, fazendo alusão à função interpretativa-integrativa; a) complementação ou concretização da relação; b) controle e limitação das condutas, relativa à limitação de posições jurídicas; c) correção e adaptação em caso de mudança das circunstâncias, permitindo ao julgador a modificação do conteúdo dos contratos; d) autorização para a decisão por equidade, admitindo a ingerência do julgador para tornar o contrato mais equânime entre as partes. (Id. 2005, p. 221-222). Já Tepedino e Schreiber pontuam o seguinte: “A doutrina brasileira, na esteira dos autores germânicos, atribui à boa-fé uma tríplice função, assim composta: (i) função interpretativa dos contratos; (ii) função restritiva do exercício abusivo de direitos contratuais; (iii) função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, como o dever de informação e o dever de lealdade.” (MARQUES, 2005, p. 35-36).

³⁴³ BARACAT, op. cit., p. 183.

³⁴⁴ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 429.

contratual, de acordo com sua natureza, com as partes que nela figuram, com a duração, o modo de execução etc.

Assim, embora exista uma regra geral de conduta, segundo a qual “impõe-se que as partes se conduzam com abertura, correcção e lealdade bastantes, de modo a que, cada qual, contribua para a concretização dos interesses que a parte contrária visa e espera obter com a celebração do contrato”³⁴⁵, apenas concretamente será possível verificar qual o escopo almejado pelas partes ao estabelecerem um determinado negócio jurídico, pois a boa-fé objetiva somente é aferível concretamente, de acordo com a *fattispecie* contratual e as circunstâncias [variáveis] envolvidas em cada caso.

Essa função desempenhada pela boa-fé objetiva denota que, no caso concreto, pode haver limitação ao exercício de direitos subjetivos, justamente em decorrência do conteúdo ético e dos deveres de cooperação e lealdade que emergem do relacionamento entre particulares.³⁴⁶

Em outro plano, mas como decorrência da função interpretativa-integrativa da boa-fé, esta passa a ser concebida como limitação ao exercício dos direitos subjetivos, o que significa que tais direitos somente podem ser exercidos pelos seus respectivos titulares caso haja a observância da função social deles “de modo que somente podem ser legitimamente utilizados quando de acordo com esta função”³⁴⁷. Isso significa que as partes devem agir com moderação, sob pena de causarem dano injusto à esfera jurídica de outrem, acarretando a ilegalidade do ato, embora pareça apresentar contornos de legalidade.³⁴⁸

Em outras palavras, caberá ao juiz verificar a existência de abuso de direito, por intermédio da comparação das vantagens obtidas pelo titular do direito e o sacrifício imposto à contraparte, tendo em vista o princípio da boa-fé, que reenviará a análise do caso concreto à luz dos princípios constitucionais gerais.³⁴⁹

³⁴⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 434.

³⁴⁶ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, op. cit., p. 454; BARACAT, op. cit., p. 185-191; NEGREIROS, op. cit., p. 140-141.

³⁴⁷ BARACAT, op. cit., p. 187.

³⁴⁸ Tal como ocorre com o abuso do direito, conforme será abordado no Capítulo 3.

³⁴⁹ BARACAT, op. cit., p. 189.

Além do abuso do direito, a doutrina relaciona como limites ao exercício dos direitos subjetivos a *exceptio doli*³⁵⁰, o *venire contra factum proprium*³⁵¹, a inalegabilidade de nulidades formais³⁵², a *supressio* e a *surrectio*³⁵³, o *tu quoque*³⁵⁴ e, por fim, o desequilíbrio no exercício jurídico³⁵⁵.

A terceira função da boa-fé é a de funcionar como norma de criação de deveres jurídicos, aí se inserindo tanto as obrigações principais, quanto os deveres secundários, que são “os *deveres instrumentais* ou *laterais*, ou *deveres acessórios de conduta*, *deveres de conduta*, *deveres de proteção* ou *deveres de tutela*”³⁵⁶.

Tais deveres, embora não se relacionem diretamente com a obrigação principal constituída em um determinado contrato – pois referem-se à cooperação, proteção recíproca de interesses entre credor e devedor, dever de sigilo, de omissão, de cuidado, segurança, esclarecimento, de prestar contas, de informação etc. – integram a obrigação como um todo e demandam das partes uma atuação correta, proba, de maneira a não lesar as expectativas legítimas da outra parte.

Como dizem respeito ao modo geral como as pessoas devem conduzir o contrato, “os deveres instrumentais ou secundários não necessitam constar expressamente da lei ou do contrato, pois decorrem do princípio ou da cláusula geral da boa-fé objetiva”³⁵⁷, emergindo, inclusive, da inércia da parte a quem competia

³⁵⁰ Que nada mais seria do que o exercício de um direito de forma maliciosa e contrária à confiança despertada na outra parte, fazendo nascer, nesta, o direito de resistência. Nesse sentido: MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 719-741; BARACAT, op. cit., p. 191-195; MARTINS-COSTA, op. cit., p. 455-461.

³⁵¹ Trata-se da prática de ato posterior incompatível com os praticados anteriormente, acarretando quebra da lealdade contratual e da confiança estabelecida entre as partes, sendo aferível objetivamente. Sobre o assunto: MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 742-770; BARACAT, op. cit., p. 195-200; MARTINS-COSTA, op. cit., p. 461-472.

³⁵² Refere-se à impossibilidade de descumprir uma obrigação pela existência de vícios formais, ou alegar, posteriormente, a não observância da forma, o que contraria os níveis ético, psicológico e social. Sobre a hipótese: MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 771-796; BARACAT, op. cit., p. 215-217.

³⁵³ Diz respeito à perda do exercício de uma determinada faculdade, por ter criado na contraparte a certeza de que tal direito não seria exercido, não podendo ser exercido de outra forma, posteriormente, sob pena de contrariar a boa-fé. Nesse sentido: MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 797-836; BARACAT, op. cit., p. 200-203

³⁵⁴ Trata-se do caso em que a pessoa retarda o cumprimento de um ato e faz surgir na outra parte a certeza de que não será exercido. Aplica-se independentemente da prescrição. Sobre o assunto: MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 837-852; BARACAT, op. cit., p. 207-212; MARTINS-COSTA, op. cit., p. 461-471.

³⁵⁵ Versa sobre a impossibilidade de resolver um contrato, diante do manifesto propósito da outra parte cumprir a obrigação quando já adimpliu substancialmente seus deveres. Tratam do assunto: MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 853-860; BARACAT, op. cit., p. 212-215.

³⁵⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 438. Grifos no original.

³⁵⁷ BARACAT, op. cit., p. 218.

praticar determinado ato ou se a ação da mesma (ou inação) obstaculizar o cumprimento da obrigação da outra.³⁵⁸

Oportuno observar que, mesmo nas hipóteses em que se verificar adimplemento da obrigação principal pela parte, pode haver descumprimento do contrato, caso inobservados os deveres acessórios, inclusive, nos contratos já extintos.³⁵⁹ Disso decorre que os contratos devem ser cumpridos em sua totalidade, de boa-fé pelas partes, para que se possa falar em adimplemento total da obrigação.

Em síntese conclusiva sobre as funções da boa-fé objetiva, Judith Martins-Costa pontua que:

A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos. Por esta razão é alargadíssimo esse campo funcional, abrangendo, por exemplo, relações com a teoria do abuso do direito, com a *exceptio doli*, a inalegabilidade de nulidade formais, a vedação a direitos por carência de seu exercício em certo tempo par além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência etc.³⁶⁰

Claudia Lima Marques assevera que o princípio da boa-fé objetiva funciona como “limitador do princípio da autonomia da vontade e um elemento criador de novos deveres contratuais”³⁶¹, o que significa que os deveres criados pela boa-fé integram aqueles estabelecidos nos contratos, sendo elemento fundamental para que o contrato atinja sua função social e econômica. Com isso, a colaboração recíproca entre as partes para o atendimento de um determinado fim passa a ser considerado, de acordo com a atual sistemática, parte integrante do próprio contrato.³⁶²

³⁵⁸ Nesse sentido, Martins-Costa, citando Uda, pondera que: “daí decorre que a mera inércia consciente e voluntária, que seja obstáculo à satisfação do direito da contraparte, repercutindo negativamente no regulamento negocial e legal dos interesses (contratuais), contrasta com os aludidos deveres de correção e boa-fé e pode configurar inadimplemento.” (MARTINS COSTA, op. cit., p. 441-442).

³⁵⁹ Nesses casos, ocorre o que a doutrina denomina culpa *post factum finitum*, que nada mais é do que a parte, após a extinção do contrato, praticar ato incompatível e que cause violação aos direitos ou dano injusto à contraparte. Tal conduta é reprimida também sob o viés da violação da boa-fé objetiva que norteia os contratos empresariais. Sobre o assunto: ROPPO, op. cit., p. 211; MARTINS-COSTA, op. cit., p. 411; DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual: no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 85 e ss; AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 23.

³⁶⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 454.

³⁶¹ MARQUES, 2005, p. 246.

³⁶² TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 39.

Para além do que foi exposto até aqui, impende ressaltar que, corolário ao princípio da boa-fé, a valorização da confiança coloca-se como fator relevante para a estabilidade e a segurança das relações contratuais. De acordo com Luiz Edson Fachin, “A valorização da confiança corresponde a dar primazia à pessoa que está criando vínculos jurídicos e propicia verificar que desencadeando esse processo, a chegada à conclusão de um contrato pode ser exteriorizada através de diversos modos”³⁶³, raciocínio que reafirma a necessidade premente de resgatar valores éticos por muito tempo perdidos, mas que são a pedra angular do Direito como um todo.

Por derradeiro, não se pode desconsiderar as pontuais colocações feitas por Paulo Nalin acerca da análise, pelo operador jurídico, da boa-fé objetiva nos contratos em geral. Confira-se:

Construir uma categoria jurídica que se propõe a avaliar o comportamento do sujeito contratante (dado objetivo), empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do *bonus pater familias*, é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir da sua formação sociocultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí, se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz. A falta de uma melhor orientação pode colocar por terra todo o potencial renovador, trazido pelo princípio enfocado, que nas mãos de um juiz arraigado na cultura positivista ainda reinante no Brasil nada significará, perpetuando o positivismo dogmático e a aplicação não constitucionalizada do Direito Civil.³⁶⁴

Ou seja, no atual estágio de evolução do Direito, a boa-fé coloca-se como princípio norteador do sistema jurídico, o qual encontra-se pautado nos valores da pessoa, e tem por objetivo a realização de seus direitos fundamentais, mediante a criação de um ambiente sadio para o desenvolvimento das relações sociais, com especial enfoque para a empresarial, já que o direito de empresa revela-se como mola propulsora da economia e da realização da dignidade humana.³⁶⁵

³⁶³ FACHIN, 1998, p. 117.

³⁶⁴ NALIN, 2006, p. 133.

³⁶⁵ Na medida em que, reiterando raciocínio já exposto no presente trabalho, a empresa é o instrumento por meio do qual se assegura o pleno emprego, a redução das desigualdades sociais e regionais, a erradicação da pobreza, ao mesmo tempo em que tem como função assegurar a dignidade do trabalhador, do empreendedor, dos consumidores e dos demais indivíduos que com ela se relacionam – inclusive, demais empreendedores, formando, com isso, uma rede de serviços inter-cruzados, voltados ao desenvolvimento pessoal e geral.

Daí, a estreita ligação existente entre valores constitucionais e direito privado, que, hodiernamente, assentam-se sobre os vetores da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, os quais demandam de cada indivíduo um comportamento ativo, hábil a fomentar a igualdade, a liberdade e a fraternidade.³⁶⁶

2.2.3.2 Função social como instrumento de legitimação do negócio jurídico

O Código Civil abarca em seu texto uma inovação no ordenamento civil positivado, ao prever, em seu artigo 421, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Referido dispositivo legal representa a consagração do disposto nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, e 170, inciso III da Constituição Federal, os quais consagram a função social da propriedade, embora não se confundam os artigos 1.228, § 1º e o artigo 421 do Código Civil, pelo próprio teor de sua redação e aplicação.³⁶⁷

Embora existam críticas sobre o texto do artigo 421 do Código Civil³⁶⁸, o fato é que, com a rejeição do projeto elaborado por Ricardo Fiúza, que previa a alteração do texto para “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”³⁶⁹, por meio da interpretação desse dispositivo legal, é possível atribuir a ele o sentido e a abrangência que se espera no ordenamento jurídico em vigor.

A função social dos contratos tem especial relevância na ordem contratual, dado que, com o reconhecimento de que o negócio jurídico se destina a preservar interesses gerais da coletividade, e não mais interesses particulares das partes contratantes, raciocínio que encampou a revisitação do conceito de contrato e a inclusão de novos princípios, mais sociais, à sua disciplina jurídica, o contrato

³⁶⁶ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001 (Pensamento jurídico – v. 3). p. 309-310.

³⁶⁷ O primeiro refere-se à função social da propriedade, o segundo trata da função social dos contratos. A diferença no tratamento de ambos os dispositivos legais cinge-se no fato de que a propriedade liga-se à idéia de exercício de um direito subjetivo (do qual decorre o uso, gozo, fruição, disposição etc.) sobre um determinado bem, desde que sejam atendidos postulados gerais de ordem pública, garantindo seu regular exercício. Já no direito dos contratos, analisam-se os efeitos internos e externos decorrentes de um determinado negócio jurídico, tanto no que se refere às partes contratantes, quanto aos efeitos oriundos da contratação para terceiros e para a sociedade como um todo.

³⁶⁸ Nesse sentido, são esclarecedores os apontamentos de TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França; v. 2). p. 241-243.

³⁶⁹ O projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, que entendeu ser a modificação sugerida mero “jogo de palavras” que “piora o texto legal. Nesse sentido, TARTUCE, op. cit., p. 241-242.

perdeu a característica de livre manifestação das partes e assumiu feição mais social. O que se operou, portanto, com a adoção do princípio da função social no artigo 421 do Código Civil, foi a relativização do individualismo diante do reconhecimento da existência de abusos na liberdade contratual, fato que evidencia o intuito estritamente solidarista desse novo princípio contratual.³⁷⁰

Conforme bem assevera Teresa Negreiros, “o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas”³⁷¹, sendo que, para Claudio Luiz Bueno de Godoy, “a função social do contrato representa [...] o controle da juridicidade de cada contrato firmado, em função de sua consonância com a utilidade social que deve ostentar”³⁷², a qual refere-se, também, a toda gama de pessoas atingida pelos seus efeitos (terceiros não contratantes), a quem devem ser garantidos, também, um mínimo de direitos, frente aos efeitos que um contrato firmado por outrem pode gerar em suas esferas jurídicas.³⁷³

Nesse mesmo sentido, Pedro Oliveira da Costa pontua que

a necessidade de se ver e compreender o contrato em um contexto social, considerando-se as suas repercussões além dos signatários, permite, de início, duas conclusões: ao contrário do que pode parecer, o princípio da função social dos contratos (i) não tem como único fundamento legal o recém editado art. 421 do Código Civil e (ii) não deve ser compreendido apenas como uma restrição à liberdade de contratar, como se fosse esta, e não o contrato em si, a possuir e exercer importante função junto à sociedade.³⁷⁴

Em detida análise da função social dos contratos e da empresa desde suas origens, Calixto Salomão Filho pondera que a função social deve se amoldar e adaptar às novas realidades sociais e jurídicas, levando em conta interesses institucionais e o necessário equilíbrio entre a segurança jurídica e a flexibilidade das relações como um todo, já que “o sentido da justificação do contrato a partir de sua função social está em reconhecer que o contrato, ainda que ato entre particulares, é um instrumento de organização social e econômica. Como tal deve ter em conta os

³⁷⁰ NEGREIROS, op. cit., p. 207-209, 211-212.

³⁷¹ Id. *ibid.*, p. 208.

³⁷² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004 (coleção professor Agostinho Alvim. Coordenação Renan Lotufo). p.153.

³⁷³ Id. *ibid.*, p. 181.

³⁷⁴ COSTA, op. cit., p. 56-57.

interesses – não particulares, mas institucionais – que o cercam”³⁷⁵, em cada caso concreto.

Daí, afirmar a doutrina que a função social deve ser analisada concretamente, para que seja possível aferir sua compatibilidade com os fins da ordem jurídica e os próprios efeitos que o contrato produz internamente na relação jurídica e externamente (eficácia institucional ou perante terceiros).

Para Norberto Bobbio, a função do Direito na sociedade não é apenas servir a um determinado fim, de forma estática, mas sim promover a pacificação das situações sociais, o que é feito por meio de sua funcionalização, que nada mais é, senão a adaptação da norma ao fato social, operacionalizando a norma em prol de toda a sociedade.³⁷⁶ Nesse sentido, o jurista afirma que:

*La funzione del diritto nella società non è già quella di servire a un determinato fine (onde l'approccio funzionalistico al diritto si risolve generalmente nell'individuare quale sia il fine specifico del diritto), ma di essere uno strumento utile a raggiungere i fini più svariati. [...] Come la sicurezza collettiva mira alla pace, il diritto come ordinamento coativo mira alla sicurezza collettiva.*³⁷⁷

Do que até aqui se expôs, indubitável que antes mesmo de encontrar-se positivado no artigo 421 do Código Civil, a função social dos contratos já era objeto de tutela jurídica no campo constitucional, seja por decorrência dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, seja em razão dos princípios econômicos que regem a Carta Constitucional de 1988.

E isso não ocorreu por acaso. Identificou-se que a existência de um sistema jurídico positivado, que dava estrutura à sistemática do contrato tal como concebido no modelo clássico não era suficiente; a experiência moderna e a própria evolução histórica da sociedade demandaram a funcionalização das relações sociais – entre elas, as relações jurídicas – para que estas efetivamente cumprissem sua finalidade.³⁷⁸ De acordo com Nelson Rosenvald:

³⁷⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 823, a. 93, maio/2004, p. 84.

³⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1984. p. 66-69.

³⁷⁷ Em livre tradução: “a função do direito na sociedade não é apenas servir a um determinado fim (em que o aporte funcional do direito não se resolve geralmente individualmente sem um fim específico do direito) mas de ser um instrumento útil ao reconhecimento do fim almejado. [...] como a segurança coletiva tem em vista a paz, o direito como ordenamento coativo tutela a segurança coletiva”. Id. *ibid.*, p. 167-169.

³⁷⁸ De acordo com Romualdo Baptista dos SANTOS, “há muito que não mais se tomam ao pé da letra as cláusulas contratuais e procura-se atribuir ao contrato uma funcionalidade, no sentido de que o

Não abandonamos o princípio da relatividade contratual. Fustigado pelo tempo, ele apenas revela novos contornos, vez que otimizado pela função social do contrato. Reforça-se o princípio da força obrigatória dos contratos mediante o compromisso harmônico entre as partes e a sociedade. O corpo social, até há algum tempo reputado como um desconhecido,³⁷⁹ assume postura colaboracionista de preservação dos pactos econômicos.

Assim foi que, decorrência do princípio da socialidade, previsto no artigo 3º do texto constitucional, edificou-se no Direito brasileiro a função social, primeiramente, da propriedade³⁸⁰ e, mais tarde, dos contratos.

Como se vê, é assente o entendimento segundo o qual a função social do contrato não é um limite para a liberdade de contratar, mas sim um limite à liberdade contratual, na medida em que as partes, de acordo com a atual sistemática jurídica, devem observar, na formação, assim como na execução e na extinção dos contratos

mesmo deve cumprir um papel no meio social” (Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006 (estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka). p. 221).

³⁷⁹ ROSENVALD, Nelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 109.

³⁸⁰ A idéia primeira de propriedade, concebida pelo Direito edificado no Estado Liberal, pressupunha o direito do seu titular usar, fruir, dispor e reivindicar a mesma perante outrem, enquanto como direito subjetivo outorgado pela ordem jurídica ao titular do direito de propriedade. No entanto, com as evoluções e revoluções sociais, políticas e jurídicas, passou-se a conceber a possibilidade do titular do direito subjetivo de propriedade utilizá-la de forma nociva ou contrárias ao interesse público. A partir desse momento, operou-se uma radical abertura no sentido da propriedade, com a sua funcionalização. A proteção antes existente como estrutural – ou seja, do sistema codificado, engessado, avalorativo – transmuda-se em funcional: a tutela do direito da propriedade apenas se justifica na medida em razão da utilização desta pelo seu titular, de forma satisfatória, frente às ordens política, jurídica, religiosa, social etc.. O que se observa, portanto, é o surgimento de um paradoxo: ao mesmo tempo em que o titular do direito de propriedade tem a prerrogativa de exercê-lo de forma ampla, não o faz de forma plena, dada a necessidade de observar os reflexos do exercício desse direito no outro, do bem comum. Daí falar-se em direito à propriedade, em sentido instrumental e coletivo, e direito de propriedade, enquanto o direito de cada um exercer seu direito subjetivo sobre aquilo que lhe pertence. De qualquer forma, entra em cena o altruísmo como fator primordial a legitimar o exercício do direito de propriedade, evitando, com isso, que a função seja anti-social. Essa funcionalidade atribuída ao direito de propriedade como um todo – aqui, incluída a propriedade como moradia, subsistência, realização de atividade econômica, especulativa, produtiva – apresenta fundamento na Constituição Federal, como direito fundamental do cidadão (artigo 5º, XXIII), fundamento e princípio da ordem econômica (artigo 170, III) e objetivo do Estado (artigo 3º). A função social da propriedade, assim, é analisada tanto interna, quanto externamente. Num primeiro momento, é garantido ao titular do direito subjetivo exercê-lo de forma plena, mas, em segundo plano, é vedado que esse exercício contrarie os postulados da ética, da boa-fé, do bem comum, sendo o aspecto social o limitador externo ao exercício do direito de propriedade imóvel. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A sublimação jurídica da função social da propriedade. *Lua nova: nova cultura de revista*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452006000100006&script=sci_arttext&lng=pt>. Acesso em: 11 nov. 2006; SOUZA, Luciane Moessa. A natureza jurídica da propriedade em face do princípio da função social da propriedade no direito brasileiro. *Revista da faculdade de direito da UFPR*. Curitiba, v. 33, 2000, p. 199-208; MACHADO, Hermano Augusto. A função social e a tipificação no direito de propriedade. *Revercor – estudos jurídicos em homenagem à faculdade de direito da Bahia – 1891-1981*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 233-258).

sua funcionalidade, ou seja, os limites internos e externos relativos a uma determinada relação jurídica.³⁸¹

De acordo com Flávio Tartuce, a função social dos contratos é um “regramento contratual, de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC), pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade”³⁸², relacionando-se com a finalidade e a utilidade da relação jurídica, tanto para as partes, quanto para a sociedade como um todo, já que apresenta como pano de fundo, a um só tempo, a dignidade da pessoa humana e a socialização das relações sociais, entre outros princípios constitucionais que disciplinam o negócio jurídico.

Complementando o raciocínio, Judith Martins-Costa assevera que

atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente, como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo “mito jusnaturalista” que a recobriria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concebido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.³⁸³

Disso decorre que a função social, atualmente, coloca-se como pano de fundo das relações contratuais, o que significa que é a partir desta que cada situação concreta pode ser analisada como lícita ou ilícita, legítima ou ilegítima, na medida em que atendam ou não os ditames constitucionais, de justiça social e de equilíbrio das relações jurídicas. Sendo assim, “O contrato não deve ser cumprido apenas porque os contratantes assim o quiseram, mas porque a manutenção do vínculo e o cumprimento de suas estipulações interessam a toda a coletividade”³⁸⁴.

³⁸¹ Sobre a divergência doutrinária existente na classificação da eficácia interna e externa da função social, Flávio Tartuce relaciona as diversas correntes adotadas pelos principais juristas nacionais e assevera que o Enunciado 360, da IV Jornada de Direito Civil, ao prever que “o princípio da função social dos contratos também tem eficácia interna entre as partes contratantes”, reconhece textualmente sua função intrínseca (op. cit., p. 245-247) e que o Enunciado 23, aprovado na I Jornada de Direito civil, segundo o qual “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”, tutela a função extrínseca dessa cláusula geral (op. cit., p. 253).

³⁸² TARTUCE, op. cit., p. 248.

³⁸³ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 351-352.

³⁸⁴ COSTA, op. cit., p. 58.

Mesmo porque, impõem-se e produzem-se efeitos a terceiros, que não figuram como parte no contrato.

Conseqüentemente, sua operabilidade está diretamente ligada às eficácias interpretativa, negativa (dever de não fazer algo) e positiva (obrigação de adotar determinada conduta, quando o curso normal do contrato acarretaria sua resolução)³⁸⁵, já que, fato incontestável, “o contrato, hoje, deixou de encerrar um feixe de interesses apenas dos contraentes, portanto, espraiando efeitos à sociedade, em cujo contexto se insere [...] a justiça distributiva”.³⁸⁶

Para além desses conceitos, impende ressaltar que o reconhecimento da existência de uma função promocional desempenhada pelo Direito, a qual consiste em não apenas reprimir e punir atos considerados indesejáveis. A funcionalidade da ciência jurídica demanda de seu intérprete, além do conhecimento do sistema estrutural que o compõe (normas e regras), o reconhecimento de que os anseios sociais somente estão efetivamente atendidos na medida e em razão da prática de condutas socialmente desejáveis. A função promocional do Direito, assim, refere-se à conjugação de elementos estruturais do ordenamento jurídico com os fins buscados pela sociedade, mediante a criação de estímulos para a prática de condutas tendentes a realizar os fins buscados pela ordem jurídica.^{387,388}

E é justamente nessa concepção funcional e promocional do Direito que a função social dos contratos se insere, já que se traduz em um referencial sobre os qual as condutas humanas devem se pautar, em caráter altruísta e solidário, tal como se extrai da conjugação dos princípios informativos do contrato, constitucionais e legais.

A par dessa nova concepção da função do Direito e da funcionalidade atribuída aos contratos, a análise dos efeitos que a função social desempenha dentro e fora da relação jurídica torna-se de suma importância.

³⁸⁵ GODOY, op. cit., p. 156.

³⁸⁶ Id. ibid., p. 169.

³⁸⁷ Essa abordagem é feita na obra “*Dalla struttura alla funzione*”, de Norberto Bobbio (op. cit., p. 7-9).

³⁸⁸ Em consonância com as concepções funcional e promocional do Direito reconhecidas por Bobbio, Teresa Negreiros assevera, especificamente no tocante à função social dos contratos, que “A noção de função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista, como fundamento de todos os ramos do Direito – sejam eles predominantemente públicos ou privados – novos horizontes de aplicação dos tradicionais princípios norteadores do direito dos contratos. Assim, muito além da liberdade individual, passam a integrar a axiologia contratual, a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica.” (NEGREIROS, op. cit., p. 226).

De acordo com Roxana Cardoso Brasileiro Borges, quando se fala em eficácia interna do negócio jurídico, tem-se em mente que o contrato deve atender aos interesses de ambas as partes contratantes, mediante a existência de colaboração recíproca e respeito mútuo ao teor do contrato, o que inclui as obrigações principais, acessórias e os deveres anexos, para que seja materialmente útil.^{389,390,391}

Assim, a função socioeconômica do contrato reside na sua utilidade em relação à obtenção dessa satisfação. Quando o contrato não permite essa satisfação, servindo para outro fim, como o alcance dos interesses de apenas uma das partes, prejudicando a outra, o pacto não cumpre sua função social, considerada justificativa jurídica para sua tutela pelo ordenamento.

Assim, o contrato que não cumpre sua função social, no aspecto interno, tem sua finalidade esvaziada ou desviada, carecendo de justa causa para sua tutela. Se dado pacto não se reveste dessa utilidade, há problema quanto à sua validade e eficácia.³⁹²

Por sua vez, quando se fala em eficácia externa do contrato, tem-se em conta a coletividade ou terceiros atingidos pelos efeitos de um determinado contrato, do qual não fazem parte, mas que são social ou juridicamente interessados. Essas pessoas tangenciam uma determinada relação jurídica, da qual, originariamente,

³⁸⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, 2007. p. 33.

³⁹⁰ De acordo com John Rawls, a ligação existente entre o princípio da função social e a teoria contratual decorre do fato de que deve ser atribuído, a cada um, igual direito de dispor de um conjunto de liberdades (nesse sentido, vide Nelson ROSENVALD, op. cit., p. 88).

³⁹¹ Calixto Salomão Filho discorda da existência de efeitos internos da função social dos contratos. Para o jurista, “A *fattispecie* de aplicação do princípio da função social do contrato deve ser considerada sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses institucionais externos a ele. Não se caracteriza, portanto, a *fattispecie* nas relações contratuais internas (i.e., entre as partes do contrato). E por duas razões. Em primeiro lugar pela própria ligação histórica e de essência da expressão aos interesses institucionais, que, como visto, não se confundem com os individuais. Em segundo porque uma aplicação da expressão às partes contratantes levaria a tentativas assistemáticas e difusas de reequilíbrio contratual. A tarefa de reequilíbrio contratual já está bem atribuída a princípios como a boa-fé objetiva (art. 422 do novo CC) e cláusula *rebus sic stantibus*. Andar além disso não é possível, ao menos em base casuística. Ter por base disparidades de poder das partes é fundamental, desde que o reequilíbrio se faça por categorias (como os consumidores, por exemplo). Trata-se aqui necessariamente de um apolítica pública de reequilíbrio que deve partir de iniciativas legislativas e ter certo grau de coerência. Admitir um reequilíbrio difuso, além de provavelmente não garantir qualquer redistribuição de riqueza efetiva – exatamente por ser assistemático – criaria situação de insegurança jurídica, extremamente danosa para os contratos” (op. cit., p. 84). Em que pese a relevância dos argumentos invocados pelo jurista, não é possível compartilhar com seu raciocínio, tendo em vista que a inteligência dos textos constitucional e civil, bem assim, em razão da permeabilidade do sistema jurídico denotam relação de complementaridade entre os princípios que regem a atual sistemática contratual, inter e extra partes. Por esse motivo, comunga-se o raciocínio da doutrina majoritária, a qual concebe a aplicação do princípio da função social dos contratos, inclusive, entre as partes contratantes, e não apenas em face de terceiros (efeitos externos).

³⁹² BORGES, op. cit., p. 33.

não faziam parte, mas da qual sofrem efeitos. O que é vedado, nesses casos, e fundamento no princípio da função social dos contratos, é que o acordo de vontades não seja considerado válido e eficaz se realizado em detrimento da coletividade.³⁹³

Não se trata de socialismo sobrepondo-se ao capitalismo, mas à condição de que os contratos possam cumprir sua função individual ou interpartes, desde que isso não ocorra em detrimento dos direitos de terceiros, representados pela coletividade. O princípio da função social do contrato inclui os que sempre estiveram à margem das contratações, triangulando a relação jurídica contratual.³⁹⁴

A justificativa para a imposição de limites internos e externos à função social dos contratos decorre do fato de que a liberdade contratual deve ser socialmente útil para que o contrato seja dotado de validade e eficácia. Ultrapassada a linha tênue que distingue o exercício regular de um direito do exercício irregular desse mesmo direito, surge o ato ilícito, ou em sentido estrito, ou na forma do abuso do direito.

Trazendo para o plano prático, ou positivado, Flávio Tartuce assevera a eficácia interna da função social dos contratos é verificada nos artigos 108, 157, 170, 187, 317, 478, 406, 413, 423, 424 e 2.035, parágrafo único do Código Civil³⁹⁵, e a eficácia externa consta dos artigos 436 a 440 e 608 do Código Civil.³⁹⁶

De qualquer sorte, e arrematando tudo o que se expôs até o momento sobre a função social dos contratos, é possível afirmar que a mudança de postura do jurista, frente à realidade social, que demanda atuação mais ativa do intérprete para a concretização dos postulados legais e constitucionais, culminou em uma viragem paradigmática do modo de se conceber o contrato: de mero instrumento por meio do qual as partes faziam prevalecer a autonomia da vontade, transmudou-se em instrumento da autonomia privada; ganhou contornos mais sociais, decorrentes tanto das evoluções social, política, econômica e jurídica, quanto da conclusão de que o contrato, quando utilizado em afronta a tais ordens, fomenta a diferença, impede a realização de direitos e afronta não apenas os direitos das partes, como também de terceiros e de toda a coletividade.

O contrato deixou de ter como função a circulação de riquezas – elemento estritamente ligado aos postulados capitalistas e econômicos tradicionais – e ganhou

³⁹³ BORGES, op. cit., p. 34.

³⁹⁴ Id. Ibid., p. 34.

³⁹⁵ TARTUCE, op. cit., p. 251-252.

³⁹⁶ Id. Ibid., p. 252-253.

contornos mais humanizados, solidaristas, de maneira a atuar “em rol de exigências maiores do ordenamento jurídico, tais como a justiça, a segurança, o valor social da livre iniciativa, o bem comum e o princípio da dignidade da pessoa humana”³⁹⁷. Ou seja: “O direito se desliga de seu compromisso meramente sancionatório e postula um papel de incentivo ao diálogo entre a ordem econômica e as finalidades programáticas do ordenamento”.³⁹⁸

A mensagem de Bobbio na obra *dalla struttura alla funzione* é a de que, apesar da importância da estrutura normativa adotada pelo Direito, sua aplicação vai para além de meros formalismos desprovidos de juízos de valor; ao contrário, a efetivação do Direito demanda a busca de soluções jurídicas para as necessidades sociais, traduzindo-se em um Direito promocional, mais ativo, próximo da realidade, que particulariza as soluções para que haja efetiva justiça social na busca da igualdade e da realização dos fins sociais. Assim:

*il diritto è una delle forme possibili di controllo sociale, specificamente è quella forma di controllo che si vale dell'uso della forza organizzata. Considerato il diritto come mezzo e no como fine, definito como specifica técnica sociale, l'analisi funzionale del diritto è presto esaurita. La funzione del diritto è quella di permettere il raggiungimento di quei fini sociali che non possono esse raggiunti com altre forme (più blande, meno constittive) di controllo sociale.*³⁹⁹

Operou-se, assim, ao longo dos séculos XX e início do século XXI, o abandono da estrutura formal, tecnicista que regia o Direito como um todo e os contratos em especial, para torná-lo mais funcionalizado, justo é, em consonância com os ditames da justiça social, de maneira que, atualmente, o contrato e reflexos encontram fundamento de validade, eficácia e limitações na sociedade e nos postulados éticos constantes de todas as ciências sociais que a regem.

2.2.3.3 Justiça contratual

³⁹⁷ ROSENVALD, 2007, p. 85.

³⁹⁸ Id. *ibid*, p. 85.

³⁹⁹ BOBBIO, op. cit., p. 211. Em livre tradução: “[...] o direito é uma forma possível de controle social, especificamente aquela forma de controle que se vale da força organizada. Considerado o direito como meio e não como fim, definido como específica técnica social, a análise funcional do direito cumpre sua função. A função do direito é permitir o cumprimento de um determinado fim social que não deve se realizar de outra forma (mais branda ou menos coativa) para o controle social.”

De acordo com Nelson Rosendal, “Os bons contratos promovem a confiança nas relações sociais, enquanto os maus contratos a degeneram.”⁴⁰⁰

Sob o enfoque até aqui delineado, pode-se observar que, ao lado da liberdade e da autonomia privada, a boa-fé objetiva e a funcionalidade do contrato colocam-se como elementos formativos da relação jurídica negocial, já que “o contrato celebrado sem sua observância também será inexistente, sendo ela (boa-fé) antes elemento de materialização do negócio do que simples princípio informativo ou conformativo da vontade contratual.”⁴⁰¹ Opera-se, com isso, a limitação da liberdade contratual em razão do “ressurgimento de uma noção de equilíbrio substancial”.⁴⁰²

Impende ressaltar, também, que o fato de, no contrato, as partes visarem à “persecução de interesses contrapostos não é empecilho para a construção de um ambiente contratual ético e compatível com a ordem jurídica”⁴⁰³, sendo a boa-fé objetiva e seus corolários o caminho para que seja possível resgatar postulados éticos como o respeito ao outro contratante e o atendimento da função social do contrato firmado entre as partes, não sendo o fato de que cada um procura extrair para si a maior vantagem dos negócios jurídicos empecilho para a observância dos preceitos da boa-fé objetiva no cotidiano empresarial.

Daí porque, “nas relações paritárias, o direito não vem proteger qualquer das partes, mas exigir de ambas uma atuação honesta e leal (eis o que exige a boa-fé objetiva) e conforme aos valores consagrados pelo ordenamento civil-constitucional”⁴⁰⁴, operando, com isso, a justiça contratual, por meio da comutatividade da relação contratual, que encontra referência não no Código Civil, mas no Direito Civil e no Direito Constitucional.⁴⁰⁵

Disso decorre que o equilíbrio econômico dos contratos coloca-se como parâmetro para a “avaliação do seu conteúdo e resultado, mediante a comparação das vantagens e encargos atribuídos a cada um dos contratantes”⁴⁰⁶, aplicando-se a todos os contratos, já que traduz-se em verdadeiro vetor que deve guiar as relações

⁴⁰⁰ BOBBIO, op. cit., p. 88.

⁴⁰¹ NALIN, 2005, p. 141

⁴⁰² NEGREIROS, op. cit., p. 157.

⁴⁰³ TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 40.

⁴⁰⁴ Id. ibid., p. 41.

⁴⁰⁵ NALIN, 2005, p. 142-143.

⁴⁰⁶ NEGREIROS, op. cit., p. 159.

negociais, desde a fase de negociações preliminares, até os reflexos *post factum finitum*.

A par disso, embora a sistemática das relações empresariais e consumeristas seja diferente com relação aos sujeitos que as integram – ou seja, dependendo do tipo de relação jurídica, há maior ou menor ingerência do Judiciário para a tutela dos interesses das partes, dada sua vulnerabilidade e disparidade negocial – o entendimento exarado por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, segundo os quais as relações empresariais são paritárias, não fazendo jus a uma forte intervenção estatal para a tutela dos interesses das partes, merece ser revisto.⁴⁰⁷ Os juristas argumentam que:

É evidente que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias deve repercutir de modo diverso daquele que se tem vislumbrado no âmbito consumerista. O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial, e até matemática, de modo que à aquisição de cada direito corresponde um custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporada no preço da operação.

O ambiente comercial e societário, e em particular o ambiente interempresarial, são palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, e se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva.⁴⁰⁸

Embora seja certo que as relações contratuais mantidas no ambiente interempresarial, não se pode desconsiderar a realidade fática de que, no Brasil, mais de noventa por cento das empresas constituídas regularmente – ou seja, exclui-se do raciocínio, inclusive, as irregulares – são de micro e pequeno porte. Tratam-se de empresas abertas por pequenos empreendedores, com o objetivo único de sobrevivência.

Muitas dessas empresas sequer contam com uma assessoria contábil satisfatória e não têm acesso a orientações jurídicas. Os contratos celebrados por tais empresas pautam-se, em grande parte das vezes, nos postulados da teoria contratual clássica, já superada, pois as empresas e seus empreendedores ou administradores sequer têm conhecimento da mudança ocorrida na sistemática jurídica brasileira.

⁴⁰⁷ TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 42.

⁴⁰⁸ Id. ibid., p. 42.

Logo, o pequeno empreendedor e a empresa de pequeno porte, muitas vezes contratam com base na confiança – não na jurídica, mas naquela da práxis do cotidiano – na boa-fé e na expectativa de conseguirem sobreviver no mercado econômico. Não se trata de aplicação jurídica de princípios contratuais, mas de um estranho “darwinismo” que engole a empresa mais despreparada para atuar no mercado econômico.

Essa realidade que se apresenta no Brasil demonstra, de maneira irrefutável, que o raciocínio de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber não pode ser concebido como jurídica, econômica ou socialmente plausível, dado que elaborado justamente na contramão dos postulados que ditam a crise da pós-modernidade do contrato objeto dos estudos mencionados em itens supra e demandam a especial tutela do Direito para que se possa falar em justiça contratual.

Nos contratos celebrados por tais empresas, não raras vezes, assumem a qualidade parte ou de partes empresas quase tão vulneráveis quanto os consumidores, a quem são impostos contratos de adesão, contendo cláusulas leoninas, abusivas e, portanto, nulas. Com isso, partir da falsa premissa de que tais contratos seriam paritários, não sendo necessária a ingerência do Estado para reequilibrar ditas relações jurídicas, é negar o reconhecimento a uma realidade que se apresenta diuturnamente como premente de tutela jurídica mais efetiva.

O que se pretende evidenciar é que o pré-conceito criado na doutrina e na jurisprudência de que contratos firmados entre empresas são paritários, pois as partes tiveram ampla liberdade para discutir suas cláusulas, com respeito à vontade manifestada por cada um, em que existe equilíbrio e justiça contratual, é um mito. E, sendo assim, a realidade social e econômica demandam a intervenção judicial em tais contratos para que seja promovida a efetiva proteção das partes, inclusive quando estas forem empresas.

De acordo com Rodrigo Toscano de Brito, ao tratar da equivalência material dos contratos, cujo raciocínio aplica-se ao direito empresarial:

É com base nessa linha de pensamento que afirmamos estar vivendo um direito contratual preocupado com o equilíbrio das contratações, e não apenas com a proteção do contratante vulnerável. De fato, a percepção de uma parte vulnerável do contrato é a indicação da necessidade de protegê-la, justamente tendo como meta o equilíbrio. Ou seja, a ordem é o equilíbrio contratual, e não apenas a proteção. Esta é meio de alcançá-lo. Diante disso, pode-se dizer que o princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual é aquele por meio do qual se deve buscar e manter a justiça

contratual, objetivamente considerada, em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações.⁴⁰⁹

Justiça contratual para micro e pequenas empresas, principalmente quando estas contratam com grandes conglomerados econômicos e (ou) são obrigadas a aderir a contratos dotados de cláusulas abusivas, é aplicar ao sistema contratual do ambiente empresário um regime jurídico diferenciado, mais próximo da realidade fática e das necessidades jurídicas e econômicas que as partes e o próprio sistema econômico demandam.⁴¹⁰

Os contratos não deixam de ser regidos pelas regras civis comuns; contudo, dada a nova principiologia instaurada sobre as relações jurídicas como um todo, que demanda a aplicação do princípio da boa-fé objetiva e seus corolários, assim como a função social para que o negócio efetivamente surta os efeitos jurídicos esperados, a indiferença dos operadores jurídicos acaba por suprimir direitos e, muitas vezes, alijar agentes econômicos do mercado nacional.

Não há como conceber a existência de contrato válido firmado entre partes díspares, qualitativa e quantitativamente. Em raciocínio absolutamente atento à realidade contratual dos tempos atuais, Paulo Nalin, mesmo sem fazer referência aos contratos empresariais, mas cujo raciocínio aplica-se perfeitamente ao caso em exame, pondera:

É bem verdade que o elemento volitivo do contrato mostra-se mais forte, na inversa proporção de vulnerabilidade de uma das partes envolvidas na relação. Ou seja, quanto maior for a equivalência de forças na relação, maior também será a autonomia para contratar; por outro lado, quanto maior o distanciamento socioeconômico entre as partes, mais arraigado será o preenchimento da boa-fé no espaço do contrato, servindo ela de termômetro da legalidade das obrigações assumidas e parâmetro para se dosar a auto-responsabilidade do contratante mais forte. Nesse balanço do mercado entra o julgador para, histórica e contextualmente, preencher a cláusula geral da boa-fé, medindo as forças dos contratantes e peculiaridades do negócio.⁴¹¹

⁴⁰⁹ BRITO, Rodrigo Toscano. Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 187.

⁴¹⁰ Nesse sentido, são pontuais os esclarecimentos de Teresa Negreiros sobre a justiça contratual aplicável em todas as relações jurídicas: “Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade.” (NEGREIROS, op. cit., p. 168-169).

⁴¹¹ NALIN, 2005, p. 139.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges, por seu turno, assevera que “a ordem civil constitucional brasileira contemporânea não é conservadora, mas dirigente, propositiva, progressiva, promocional e solidária”⁴¹² e pontua que, hodiernamente, “não é mais o valor da segurança jurídica que ocupa o lugar privilegiado, mas o valor da equidade, do equilíbrio, da justiça nas relações negociais”⁴¹³. Complementa, em seguida, que o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado, previstos no artigo 3º da Constituição Federal, demanda um “conjunto de normas com mandamento de mudança, de transformação, de evolução, de progresso em vários âmbitos: progresso social, progresso econômico, progresso cultural progresso ambiental, progresso jurídico”⁴¹⁴.

Ou seja: considerando que a Constituição Federal elegeu como princípios fundamentais econômicos a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como que a atual sistemática contratual prima pela boa-fé objetiva, pela funcionalização das relações civis – entre elas, as inter-empresariais – e pela justiça contratual, não há como negar a especial tutela que também as empresas e os pequenos empreendedores devem receber do ordenamento jurídico, como meio de garantir a dignidade da pessoa humana dos sócios da empresa, de seus empregados e de todos aqueles que se relacionem, direta ou indiretamente, com a empresa, revela-se como cumprimento dos objetivos e fundamentos dos preceitos contidos no texto constitucional.

Novamente, tem-se com Paulo Nalin:

A boa-fé objetiva não se furta de também guardar relevante papel nesta perspectiva de justiça, pois, no sentido antes aventado, funciona como “[...] *antecâmara do princípio da justiça contratual* [...]”, vale dizer, da equidade, situando-se na própria base da comutatividade contratual, pois inibidora de um comportamento que, v.g., faça incluir no contrato cláusulas agora lidas como abusivas e que imponham ou mesmo sugiram um distanciamento econômico entre as partes e as obrigações pecuniárias (não equivalentes) que assumiram. A justiça contratual, destarte, se baseia na equivalência econômica, e mais adiante, na boa-fé objetiva.⁴¹⁵

Sendo assim, não há como conceber justiça contratual sem aproximar os contratos, concretamente analisados, e o Direito, tornando-se imperiosa, como forma de tutela da boa-fé, da confiança, da ética e da função social dos contratos que

⁴¹² BORGES, op. cit., p. 27.

⁴¹³ Id. ibid., p. 27.

⁴¹⁴ Id. ibid., p. 27.

⁴¹⁵ NALIN, 2005, p. 145. Destaques no original.

recebam do operador jurídico a tutela a que fazem jus, de acordo com as peculiaridades e a especial situação do caso concreto.

2.3 DIREITO POTESTATIVO NA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

2.3.1 Distinções necessárias: resolução, rescisão, denúncia, rescisão, revogação, caducidade e invalidade do contrato

A análise dos artigos 1.092, parágrafo único, 119, 647, 865, 869 e 879 do Código Civil de 1916 denunciava a existência de imprecisão terminológica quanto aos termos “rescisão” e “resolução” do negócio jurídico, sugerindo a idéia de “*desfazimento forçado do negócio*”.⁴¹⁶ Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os referidos dispositivos legais foram substituídos pelos artigos 475, 128, 1.359, 234, 238 e 248, superando o “erro crasso”⁴¹⁷ existente na legislação anterior.

Mesmo assim, para que se possa falar em rigor técnico da maneira como ocorre a extinção dos negócios jurídicos e de suas conseqüências, a distinção entre o modo como esta se opera e suas conseqüências, torna-se fundamental para que se possa apreender o âmbito de incidência dos direitos potestativos extintivos.

Araken de Assis, citando De Page, assevera que “as ambigüidades quanto às palavras ensejam dúvidas quanto às coisas e, além disto, “*une mauvaise terminologie caché le plus souvent une erreur dans la compréhension juridique exacte*.”⁴¹⁸ Oportuno, portanto, delimitar o sentido e os efeitos decorrentes de cada um dos modos pelos quais um negócio jurídico se extingue.

De acordo com João de matos Antunes Varela, resolução, revogação e denúncia se assemelham porque atacam “os *efeitos* do contrato, destruindo em maior ou menor extensão a *relação contratual*”.⁴¹⁹

A resolução de um negócio jurídico gera efeitos no plano material das relações estabelecidas entre as partes, podendo decorrer desse ato o retorno dos fatos ao *status quo ante*, operando-se como se a relação jurídica jamais tivesse existido ou, dependendo da natureza do negócio resolvido, deixar de gerar efeitos a

⁴¹⁶ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78. Grifos no original.

⁴¹⁷ Id. *ibid.*, p. 78.

⁴¹⁸ Id. *ibid.*, p. 79.

⁴¹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. 2. p. 275. Grifos no original.

partir de um determinado momento, sem que isso implique na inexistência ou desfazimento dos atos praticados em período pretérito. Diz-se, no primeiro caso, que a resolução gera efeitos *ex tunc* e, no segundo, *ex nunc*.

Ruy Rosado de Aguiar Junior esclarece:

A resolução, como espécie de direito formativo extintivo, aproxima-se de outras categorias jurídicas que exercem a mesma finalidade no âmbito do contrato. De todas, porém, se distingue porque somente ela depende de manifestação voluntária do titular do direito, tem por pressuposto o fato superveniente do incumprimento e atua no âmbito da ineficácia em sentido estrito, com efeito liberatório *ex tunc*.⁴²⁰

De acordo com Araken de Assis, a resolução pode ser “propriamente dita” quando goza de eficácia retroativa⁴²¹, ou por “resilição”⁴²², hipótese em que o negócio jurídico surte efeitos até o momento em que é extinto. Esta segunda figura é comumente verificada em contratos de trato sucessivo ou nos cativos de longa duração, em que as partes cumprem, paulatinamente, suas obrigações mas, diante da inexistência de interesse na manutenção do negócio, fazem com que deixe de surtir efeitos entre si.

Em ambas as hipóteses, contudo, ocorre a “destruição da relação contratual, operada por um dos contraentes, com base num facto posterior à celebração do contrato”⁴²³, podendo decorrer da lei ou da vontade das partes, bem como, operar-se judicial ou extrajudicialmente.

Já a revogação se “assenta no *acordo* dos contraentes posterior à celebração do contrato, com sinal *oposto* ao primitivo (no *contrarius consensus*)”⁴²⁴. Esta figura decorre da destruição do vínculo contratual mediante declaração de vontade de um ou de ambos os contraentes, mas somente opera efeitos *ex nunc*, ou seja, projeta-se para o futuro, nada mais sendo, senão um desdizer aquilo que foi acordado, cujos efeitos não modificam o passado, mas apenas o futuro. Em geral, ocorre nos negócios jurídicos gratuitos⁴²⁵ e não diz respeito a direito formativo extintivo. Daí, não confundir-se com a resolução.

De acordo com Araken de Assis,

⁴²⁰ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 65.

⁴²¹ VARELA, op. cit., p. 277.

⁴²² ASSIS, op. cit., p. 82. Grifos no original.

⁴²³ VARELA, op. cit., p. 275.

⁴²⁴ Id. *ibid.*, p. 279. Grifos no original.

⁴²⁵ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 71.

no fundo, pois, a revogação prescinde, à dessemelhança de outra figura, mais precisamente de uma espécie – ‘resilição’ – resolutiva, toda e qualquer intromissão do plano da eficácia.

Em síntese, ao revogar, alguém se desdiz e emite uma vontade oposta à primitiva. É o que acontece no mandato e na doação, sem a mínima possibilidade de misturar essa situação ao remédio resolutorio.⁴²⁶

Quanto à denúncia, esta se opera apenas em contratos duradouros, “que se renovam por vontade (real ou presuntiva) das partes ou por determinação da lei ou que foram celebrados por tempo indefinido”⁴²⁷, constituindo-se em uma declaração de vontade exarada pela parte “de que não quer a renovação ou a continuação do contrato renovável ou fixado por tempo indeterminado”⁴²⁸.

Diversamente da resilição, não ocorre, aqui, a desconstituição da relação contratual, mas o seu desfazimento, operando-se por mera declaração unilateral de vontade⁴²⁹, independentemente do fato da contraparte ter adimplido ou não suas obrigações⁴³⁰. Trata-se de exercício de direito potestativo extintivo.⁴³¹

Já a rescisão do negócio jurídico “constitui modalidade de abertura do negócio jurídico em razão de *defeito anterior* à contratação, como deflui do chamado vício oculto (art. 441, *caput*, do CC-02) ou do seu próprio objeto”⁴³². A rescisão é contemporânea ao nascimento do contrato e é autorizada pelo ordenamento jurídico como decorrência da desproporção entre as prestações, em evidente prejuízo a uma das partes.⁴³³

A caducidade, por sua vez, opera-se de pleno direito, independentemente da manifestação de vontade das partes do negócio jurídico, já que “se encontra dominada por acontecimento objetivo, em que a vontade das partes se ostenta

⁴²⁶ ASSIS, op. cit., p. 90.

⁴²⁷ VARELA, op. cit., p. 280.

⁴²⁸ Id. *ibid.*, p. 281.

⁴²⁹ ASSIS, op. cit., p. 82-83.

⁴³⁰ Em análise mais abrangente, Flávio Tartuce assevera que a resilição pode ser bilateral ou unilateral. No primeiro caso, previsto no artigo 472 do Código Civil, ocorre o distrato do negócio jurídico, por mútuo consentimento das partes, devendo ser observada a mesma forma em que o contrato foi celebrado para realizar o seu desfazimento amigável. Já na resilição unilateral, prevista no artigo 473 do Código Civil, a lei admite, de forma implícita ou explícita, a existência de um direito potestativo de uma das partes colocar termo ao negócio jurídico, mediante a observância a certas formalidades. Esta última ocorre, exemplificativamente, nos contratos de locação, prestação de serviços, mandato, comodato, depósito, doação, fiança, exigindo o texto legal que haja denúncia notificada à contraparte para que surta efeitos jurídicos. (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil*. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França; v. 2). p. 365-366).

⁴³¹ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 72.

⁴³² ASSIS, op. cit., p. 86. Grifos no original.

⁴³³ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 68-70.

irrelevante, e nenhuma atividade posterior, inclusive declaratória, faz-se necessária, visto geralmente decorrer *tout court* da lei⁴³⁴. São hipóteses de condição resolutiva ou em que haja previsão legal determinando a extinção do negócio, independentemente da manifestação da vontade das partes. Não há, aqui, falar-se em incidência do direito potestativo extintivo, já que a extinção se opera por fatores objetivos.

Por fim, a nulidade e a anulabilidade do negócio jurídico decorrem da existência de vício formal, verificado no momento da formação da relação jurídica (originário, portanto). Nos casos de nulidade, ocorre a ausência de elemento essencial do ato, não sendo este apto a produzir efeitos no mundo jurídico. Por sua vez, no ato anulável, este apresenta vício, mas surte eficácia até seu pronunciamento judicial. Em ambos os casos, de acordo com Ruy Rosado de Aguiar Junior, pode haver exercício do direito potestativo extintivo pelas partes, que se restringe à busca da tutela jurisdicional para declarar a nulidade ou invalidade do negócio.^{435,436}

2.3.2 Exercício regular de um direito *versus* abuso do direito

Como cada indivíduo tem um eixo sobre o qual gravitam todos os seus direitos subjetivos [em sentido amplo], a extrapolação desses limites, não raras vezes, gera lesão aos direitos de outrem. É justamente nessa zona limítrofe que separa o exercício regular de um direito do seu uso irregular que o ato ilícito, e que bem é delimitada pelo jargão “o direito de uma pessoa termina onde começa o dos outros”.

Pietro Perlingieri assevera que o excesso é detectado diante de um não exercício ou do exercício de um direito de forma diversa daquela que deriva da situação subjetiva reconhecida pelo ordenamento jurídico. Conseqüentemente, cria-se uma situação de abuso [contrária ao Direito] assim considerada aquela em que há o desvio da finalidade determinada pelo ordenamento jurídico pelo titular do direito respectivo. A avaliação do mau exercício do direito “é complexa porque

⁴³⁴ ASSIS, op. cit., p. 91.

⁴³⁵ AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 65-67.

⁴³⁶ Nesse ponto, impende desde logo discordar do entendimento exarado do jurista, tendo em vista que a nulidade ou anulabilidade do ato gera nas partes (ou nos terceiros, para o caso de nulidade) o direito subjetivo à pretensão, ou seja, de submeter o vício de validade ao crivo do Judiciário. Não se trata de poder conferido pela ordem jurídica, mas de direito de pretensão da parte interessada.

postula a verificação da existência de interesses contrários juridicamente relevantes que devem ser considerados segundo uma equânime harmonização, isto é, segundo critérios de proporcionalidade individual e social”.⁴³⁷

Obrigatório reconhecer, por outro lado, que a existência de excessos ou de desvio de finalidade pelo titular de um direito é uma decorrência da outorga de direitos e a imposição de limites para o exercício desses mesmos direitos. Isso significa que somente com a relativização dos direitos, é possível falar na existência de exercício irregular de direitos. Ou seja:

Firma-se a idéia de que não há direitos “absolutos” e ilimitados, como pretensamente o individualismo colocou, ao tomar o homem como ser isolado, como se não estivesse inserido na sociedade. As “situações jurídicas subjetivas” constituem-se em um complexo de direitos, prerrogativas e deveres que são conferidos e impostos ao sujeito de direito em função de um critério axiológico, não qual não se tutela apenas o interesse do titular, mas de toda uma coletividade, expressando-se como a melhor manifestação do solidarismo ou socialismo. Enquanto o direito subjetivo “nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, a noção de situação subjetiva complexa, configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional”.⁴³⁸

Isso significa que a evolução do Direito como Ciência e realização dos direitos reconhecidos aos indivíduos não ocorre de forma aleatória, desapegada do contexto em que estão inseridos. Ao contrário, os direitos existem e são exercidos na medida em que se encontram inseridos em um ambiente social, devendo ser concebidos de maneira conformadora, tendo em vista os princípios gerais que regem desde os direitos naturais, os princípios gerais do Direito e a própria norma positivada.⁴³⁹ Existe, portanto, um conteúdo variável em cada direito, guiado mais por critérios éticos e solidaristas, do que pelo texto da lei. Ou seja:

A lei, com efeito, ao atribuir um poder jurídico a uma pessoa para o prosseguimento de um interesse, não vincula necessariamente essa pessoa a exercer esse poder só na estrita medida do interesse em questão. O titular do poder não está inibido de utilizar para prossecução dum interesse diverso.

Não está, pelo menos, inteiramente inibido disso. Só em casos extremos, quando a desconformidade entre o exercício do direito subjectivo e o interesse para cuja tutela aquele foi concedido ultrapassar certo ponto, tornando-se particularmente grave e escandalosa, é que poderá intervir uma limitação jurídica – e não moral apenas – daquele direito. E isto mesmo só

⁴³⁷ PERLINGIERI, op. cit., p. 122.

⁴³⁸ PINHEIRO, op. cit., p. 28-29.

⁴³⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 232.

segundo certa teoria, chamada do “abuso de direito” – aliás hoje muito em voga.⁴⁴⁰

Apesar de, hodiernamente, ser manso e pacífico o entendimento segundo o qual os direitos apresentam limitações internas e externas, o que é fruto da pós-modernidade e da superação do positivismo jurídico puro, inúmeras são as dificuldades em identificar os casos em que há uso irregular de um direito. Não obstante, a tendência que vem sendo observada nas últimas décadas⁴⁴¹ demonstra que o próprio ordenamento jurídico e os novos matizes interpretativos vêm criando mecanismos para coibir o mau uso ou uso indevido de um direito, visando a assegurar a vida em sociedade, “harmônica e saudável”.^{442,443}

Por isso, atualmente, vigora a máxima segundo a qual “quem procede de acordo com a ordem jurídica não causa lesão a ninguém, mesmo quando age de forma a causar danos a terceiros, se sua atividade estiver revestida de atos que o ordenamento admite como lícitos”⁴⁴⁴. Essa verificação da regularidade ou não do ato com a ordem jurídica é feita, no direito dos contratos, sob os prismas da constitucionalização do direito civil, da repersonalização e à luz dos princípios contratuais da boa-fé, da função social da eticidade.

A releitura operada à luz dessas novas concepções não significa o abandono ou a negação dos direitos subjetivos, mas, sim, que a relatividade dos direitos traduz-se em uma “reação *contra a amoralidade e certos resultados anti-sociais* que decorrem da doutrina clássica dos direitos absolutos”⁴⁴⁵, o que se opera

⁴⁴⁰ ANDRADE, op. cit., p. 9.

⁴⁴¹ Principalmente após a edição da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor e do atual Código Civil, por meio dos quais instaurou-se uma nova ordem principiológica, operou-se a abertura do sistema, tornando-o mais permeável, já que em contato com as demais ciências sociais e, além disso, mediante a adoção de padrões normativos de conduta, os quais objetivaram a responsabilidade decorrente do mau uso do direito subjetivo (até então, a responsabilidade civil, a anulação, a revogação ou mesmo a cassação de um determinado ato demandava a prova do elemento anímico de seu agente).

⁴⁴² REIS, op. cit., p. 210.

⁴⁴³ De acordo com Luís Alberto Warat, ao lado das regras jurídicas cristalizadas nos textos legais, coexiste um conjunto de regras de conduta que não são obrigatórias, nem aceitas unanimemente, mas que constituem uma normatividade natural, espontânea; uma consciência jurídica coletiva, que funda e nutre os novos direitos. Essa consciência jurídica coletiva manifesta-se de diversas maneiras, de formas diferentes, em cada sociedade e em cada momento histórico. O abuso de direito não se refere à consciência jurídica coletiva, pois esta se refere a mudanças em toda a sociedade, revelando-se como uma preocupação do legislador. Não obstante, é na consciência jurídica coletiva que se buscam fundamentos para verificar e punir o abuso de direito em um determinado caso concreto, visando a reparar um dano injusto. Quando se fala em abuso de direito, não se está diante de direito *versus* direito, de conflito de normas; mas, ao contrário, de má utilização de uma norma, em afronta aos princípios que regem a consciência coletiva. (WARAT, op. cit., p. 292-293).

⁴⁴⁴ REIS, op. cit., p. 210.

⁴⁴⁵ LIMA, op. cit., p. 233. Grifos no original.

a partir do abandono dos velhos postulados que atribuíam aos direitos a prerrogativa de poder exercido pelo seu titular e a adoção de critérios funcionais, como privilégios concedidos aos indivíduos, desde que os utilizem conforme os postulados e os valores tutelados pelo Direito.⁴⁴⁶

Dos ensinamentos de Gustavo Tepedino, extrai-se que

almeja-se com a disciplina do abuso de direito uma valoração axiológica do exercício de determinada situação jurídica subjetiva – não apenas dos direitos subjetivos, mas também dos interesses potestativos, dos poderes jurídicos etc. – à luz dos valores consagrados no ordenamento civil-constitucional.⁴⁴⁷

Daí a justificativa para que, nesse novo modelo de ressystematização do direito civil⁴⁴⁸, o direito subjetivo [em sentido amplo] assumam limites externos sem ser modificado em sua essência, como resultado da mudança do cenário econômico e político⁴⁴⁹ e do próprio modo de conceber, interpretar e aplicar o Direito.

Vale consignar que a imposição de limites aos direitos subjetivos, assenta-se no fato de que “o direito privado tem como uma de suas funções primordiais a coexistência e a convivência de interesses divergentes dos indivíduos na sociedade”⁴⁵⁰, o que é operacionalizado por meio da criação de mecanismos hábeis a promover e tutelar o exercício da liberdade individual de cada um. Via de conseqüência, sempre que, em determinado contrato, verificar-se a extrapolação dos limites de um direito subjetivo originariamente tutelado, há exercício irregular de um direito, já que este atenta contra a funcionalidade que emana de todo o ordenamento jurídico e que é imprescindível para a manutenção da ordem de idéias que deve reger o campo social.

Logo, o fato de um direito ser reconhecido pela ordem jurídica implica na autorização para que seus titulares o exerçam de diversas formas, inclusive, em afronta a essa mesma ordem, surgindo o ato praticado com abuso do direito, que é a conseqüência jurídica de um direito exercido de forma irregular.

⁴⁴⁶ LIMA, op. cit., p. 233.

⁴⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo; et al. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1. p. 341.

⁴⁴⁸ NALIN, 2005, p. 88.

⁴⁴⁹ PINHEIRO, op. cit., p. 27.

⁴⁵⁰ Prefácio à edição brasileira do livro: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007, LIII.

Com isso, pode-se afirmar que o principal fundamento da aplicação da teoria do abuso do direito no sistema jurídico brasileiro reside no fato de que as relações jurídicas como um todo devem ser pautadas nas regras da boa-fé⁴⁵¹ e na funcionalidade do próprio direito reconhecido pelo ordenamento, justamente em decorrência da colocação da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social à frente dos princípios da liberdade contratual e da livre iniciativa, com a relativização de direitos, e a “prevalência do interesse social sobre o interesse meramente privado, egoisticamente manifestado”⁴⁵², mediante o reconhecimento de que “o contrato não deve ser cumprido apenas porque os contratantes assim o quiseram, mas porque a manutenção do vínculo e o cumprimento de suas estipulações interessam a toda a coletividade”.^{453,454}

Além disso, Fernando Noronha adverte:

O exercício de um direito de modo contrário ao interesse geral é antijurídico e caracteriza o chamado abuso do direito [...]. Quem age contra o direito age sem direito. Por isso, apesar da expressão *abuso*, os casos ditos de abuso de direito são na realidade hipóteses de atuação contrária ao direito, atuação antijurídica.⁴⁵⁵

Logo, a linha tênue que separa o exercício regular do abusivo de um mesmo direito demanda de cada indivíduo – e, principalmente, do jurista – uma atuação positiva, altruísta, de maneira que cada um veja no outro os reflexos do direito exercido e, somente se forem moralmente razoáveis tais conseqüências, é que se está diante da utilização regular de um direito. Caso contrário, o ato assume contornos de ilegalidade, sendo coibido pelo ordenamento jurídico; tanto num sistema dotado de princípios, quanto em decorrência do disposto no artigo 187 do Código Civil, norma jurídica positivada que coíbe o abuso do direito.

2.3.3 Preservação da boa-fé, da função social e dos bons costumes na extinção do contrato

⁴⁵¹ PINHEIRO, op. cit., p. 44.

⁴⁵² COSTA, op. cit., p. 49.

⁴⁵³ Id. *ibid.*, p. 58.

⁴⁵⁴ Oportuno asseverar que, conquanto os textos citados refiram-se, em sua maioria às relações contratuais, considerando que o sistema de responsabilidade civil, atualmente, não faz mais distinções entre relações contratuais ou extracontratuais para incidência de suas regras, os raciocínios aplicam-se, inclusive, para os casos de responsabilidade aquiliana.

⁴⁵⁵ NORONHA, op. cit., p. 26. Grifos no original.

O modo normal como se encerram as relações contratuais é sua execução ou o cumprimento do objeto do contrato. Não obstante, hipóteses há em que o contrato pode ser extinto antes ou durante o seu cumprimento, tanto por causas anteriores ao surgimento do negócio jurídico (causas de nulidade e anulabilidade, previstas nos artigos 166, 167 e 171 do Código Civil), quanto por fatos supervenientes à sua formação (tal como ocorre na resolução e na rescisão), diante de cláusulas resolutivas ou de arrependimento constantes do contrato, ou, ainda, decorrer da morte de um dos contratantes.⁴⁵⁶

Assim como o nascimento dos direitos e dos contratos é objeto de tutela da ordem jurídica, o modo de extinção deles e seus reflexos jurídicos colocam-se como elementos imprescindíveis à manutenção da ordem jurídica, principalmente se levar-se em conta a principiologia que rege as relações humanas e negociais como um todo.

Com a era das codificações, o estruturalismo, as formalidades e a norma avaliativa ditavam o modo de criar, modificar e extinguir direitos, a pós-modernidade, que sobreleva valores humanísticos às relações jurídicas e sociais, demanda a observância de preceitos éticos⁴⁵⁷, inclusive, na extinção dos contratos.

De acordo com Claudia Lima Marques,

o *Leitmotive*, isto é, o fio condutor do direito na pós-modernidade, do direito do século XXI, serão os direitos humanos. Na teoria de Jayme, como já mencionamos, o *revival* dos direitos humanos é proposto como elemento guia, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft Law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas “normas fundamentais” e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ Nesse sentido, vide AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 22 e ss.

⁴⁵⁷ De acordo com Romualdo Baptista Santos, a eticidade “tem a ver com a qualidade da conduta dos homens perante os outros homens. No plano da moral, a qualidade da conduta é medida pelo próprio agente, enquanto no plano do direito, essa medida é dada pela coletividade. Equidade, boa-fé e justa causa são conceitos ligados à conduta moral, pois são deveres que o ser humano impõe como ser ético e moral, não cabendo ao direito exigi-los como obrigação jurídica. O princípio da eticidade que orienta o novo Código Civil prestigia os valores acima mencionados como critérios objetivos para solução dos conflitos postos diante do juiz. Assim, a equidade, a boa-fé e a justa causa deixam de ser apenas deveres morais puramente subjetivos e surgem como obrigações jurídicas objetivas, impostas pela legislação.” (SANTOS, 2006, p. 239).

⁴⁵⁸ MARQUES, 2005, p. 264.

Em verdade, observa-se que, como o ordenamento jurídico tem como objeto as relações jurídicas e como finalidade assegurar a convivência humana digna, realidade inegável é que o centro de convergência do direito civil – e dos contratos – assenta-se sobre a Constituição Federal, notadamente, nos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana⁴⁵⁹, os quais hão de ser assegurados desde a fase das tratativas preliminares até a pós-eficácia das obrigações, já que “a obrigação é um processo dirigido à realização de um fim – que é a satisfação dos interesses manifestados no contrato -, a ser obtido mediante a adoção pelas partes, do comportamento contratualmente esperado pelo qual respondem”.⁴⁶⁰

Isso significa que, seja diante de situações em que a extinção de um negócio jurídico se opera de modo normal, seja naquelas em que se verifica alguma anormalidade, as partes devem guardar postura proba, não apenas porque a moral assim o requer, mas em decorrência dos novos princípios contratuais que regem a norma jurídica – a boa-fé, a função social e os bons costumes – os quais têm fundamento no próprio texto constitucional.

A unidade do sistema demanda, assim, que as relações negociais sejam analisadas em conjunto, não como contratos estanques, mas como células formadoras de um tecido, sem o qual o corpo não se forma por completo. Disso decorre a complexidade das relações negociais, o que significa que:

A relação de crédito e débito não pode ser vista como “uma relação de prestação isolada”, mas sim, como uma “relação jurídica global”. Deve ela ser vista como uma totalidade, de tal sorte a nela serem considerado[s] todos os aspectos. Não se pode ter uma visão limitada do fenômeno obrigacional, mas sim, de acordo com a sua finalidade. Compreende a relação jurídica obrigacional complexa, outrossim, todos “os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, obrigações, exceções, e ainda posições jurídicas”.⁴⁶¹

Com isso, já se vem reconhecendo que os reflexos da extinção de um determinado contrato vão além das partes nele envolvidas, pouco importando a adoção de condutas expressamente previstas no texto legal, tal como ocorre com a rescisão unilateral, prevista no artigo 473 do Código Civil⁴⁶². Ao contrário, a

⁴⁵⁹ POPP, op. cit., p. 309-310.

⁴⁶⁰ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 21.

⁴⁶¹ POPP, op. cit., p. 193

⁴⁶² Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

efetivação dos princípios da boa-fé, função social e preservação dos bons costumes demanda a adoção, em cada caso concreto, de condutas que venham garantir à contraparte a tutela de seus direitos, dado que, hodiernamente, e até mesmo quando se fala em extinção dos contratos decorrentes do exercício do direito potestativo extintivo, são resguardados direitos a outrem.

Essa, a inteligência dos artigos 472 a 480 do Código Civil, que não se encontram soltos no ordenamento jurídico mas, antes disso, estritamente ligados a toda a sistemática legal e aos parâmetros constitucionais, fato que acarreta a atuação do jurista de maneira a garantir a integração e os objetivos do sistema, especialmente no que tange ao direito dos contratos, os quais figuram como instrumentos de importância ímpar para o desenvolvimento socioeconômico do país.

Disso decorre que tanto os princípios constitucionais, quanto os contratuais aplicam-se, inclusive, na extinção dos contratos. De acordo com Flávio Tartuce:

O Código Civil de 2002 representa uma grande evolução no tocante à extinção dos contratos, justamente diante dessa tentativa de sistematização. A relação da matéria com o princípio da função social dos contratos é cristalina. A partir do momento em que se admite a possibilidade da extinção dos negócios, particularmente pela imprevisibilidade e extraordinariedade somadas à onerosidade excessiva (art. 478), está sendo mitigada a força obrigatória do contrato, diante de uma interpretação do pacto de acordo com o contexto da sociedade, o que se faz necessário. Além disso, admitir a extinção do contrato por sua invalidade, particularmente pela presença de defeitos do negócio relativos à presença da onerosidade excessiva (arts. 156 e 157), também está em sintonia com a socialidade contratual.⁴⁶³

Indo ainda mais adiante do que o jurista supracitado, reconhecer às partes o direito de extinguir o negócio jurídico e, para além disso e em sentido diametralmente oposto, justamente por aplicação dos mesmos princípios constitucionais e contratuais, o direito de manutenção do vínculo obrigacional importa no reconhecimento da aproximação do contrato ao contexto social e à realização da boa-fé objetiva, da função social e dos bons costumes. A justificativa para essa afirmação assenta-se no fato de que:

A moderna teoria geral do direito civil, hoje semeada em solo adubado por princípios constitucionais, deve continuar sendo irrigada pela autonomia da

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

⁴⁶³ TARTUCE, op. cit., p. 369.

vontade e pela livre iniciativa, entretanto, 'sem que se deixem de observar os princípios de direito e de moral que devem pautar o solidarismo social'.⁴⁶⁴

Afinal, revelando a boa-fé objetiva um padrão ético de confiança, pautado na socialidade⁴⁶⁵; a função social, o pano de fundo e o objetivo sobre o qual as relações negociais devem se pautar para que se possa conceber “uma postura compatível com a vida em sociedade”⁴⁶⁶; e os bons costumes “o conjunto das regras morais aceitas pela consciência social”⁴⁶⁷, não se pode olvidar da imprescindibilidade da verificação de tais elementos na resolução dos contratos, para que estes cumpram, desde seu surgimento até após sua extinção, os objetivos jurídicos socialmente esperados e moralmente justos.

2.3.4 Limites do direito potestativo extintivo

Conforme já se expôs em item 2.3.1 retro, nos casos de resolução, rescisão unilateral, denúncia, rescisão, nulidade a anulabilidade, é detectado o exercício do direito formativo extintivo, o qual, segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, apresenta o condão de “desfazer a eficácia jurídica já produzida ou a própria relação jurídica”.⁴⁶⁸

Esse direito conferido a uma das partes, de colocar termo em uma determinada relação jurídica, principalmente por decorrer do exercício do direito potestativo conferido pelo próprio ordenamento jurídico – o qual, em princípio, gera na parte adversa uma sujeição, impedindo-a de resistir à vontade manifestada pelo titular do direito –, deve ser mitigado, já que sua utilização de forma arbitrária, ou seja, em afronta à boa-fé objetiva, à função social dos contratos, aos usos e costumes, ao exercício regular do direito, enfim, aos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade colocam-se como limites a esses direitos.

Nenhum direito é absoluto; outorgar direitos ilimitados a alguém nada mais é senão criar um não-direito, suprimir dos semelhantes o poder que a ordem jurídica

⁴⁶⁴ CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 240.

⁴⁶⁵ DEBS, Newman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006 (Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka). p. 252.

⁴⁶⁶ SANTOS, 2006, p. 221.

⁴⁶⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 63.

⁴⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 29.

lhe confere de ser sujeito e titular de direitos. De igual forma, ninguém vive isolado, tampouco exerce direitos para e em face de si mesmo. A própria vida em sociedade demanda do indivíduo reconhecer-se no outro; levar em consideração um dado contexto para praticar qualquer ato.

Nesse contexto, a revisitação da teoria geral dos contratos coloca-se como pressuposto fundamental para conceber uma nova geração de direitos, que carregam consigo valiosa carga axiológica. Nesse contexto, toda a teoria do negócio jurídico vem sendo revisitada, dada a nova roupagem conferida a ela com o advento de novos diplomas legais nas duas últimas décadas. Assim:

A teoria do negócio jurídico é informada por quatro princípios clássicos: a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos, a relatividade dos efeitos e o consensualismo, e por outros três que se somam àqueles no atual estágio de evolução do direito negocial: a função social a boa-fé objetiva e a equivalência das prestações, sendo imperiosa a reconstrução dos alicerces que sustentaram o negócio jurídico ao longo da história, pois prestes a ruir por não mais serem aptos a sustentar institutos erigidos sob fundações precárias.⁴⁶⁹

Paralelamente ao reconhecimento de novos direitos, concebidos sob a ótica oxigenada da atual teoria contratual, seu exercício passa a ser pautado por limites externos e internos ao ordenamento jurídico, objetiva e subjetivamente delimitados. Ocorre, assim, que o exercício de qualquer direito emana da própria ordem de idéias atualmente em desenvolvimento e exige do jurista postura ativa, voltada à aplicação de todo o conjunto de normas que rege o direito dos contratos, de maneira funcional, promocional de toda a sistemática jurídica, com vistas a incentivar a adoção de condutas pautadas na realização de postulados éticos e socialmente desejáveis.⁴⁷⁰

Afinal, conforme bem pontua Marcos Jorge Catalan,

as partes que compõem um negócio jurídico não mais podem ser vistas como antagônicas, em relação de conflituosidade, mas sim, como parceiros em um processo de simbiose, e neste condão, informando-se a relação com os fluidos emanados do Estado social, é inaceitável que qualquer um deles tenha vantagem maior do que as racionalmente aceitáveis ou mesmo que, por conta de interesses individuais, seja lesada relevante parcela da coletividade.⁴⁷¹

Isso porque:

⁴⁶⁹ CATALAN, op. cit., p. 244.

⁴⁷⁰ BOBBIO, 1984, p. 26-27.

⁴⁷¹ CATALAN, op. cit., p. 236.

A visão atomizada do fenômeno da relação jurídica ignora premissas importantes, pois, ao lado do dever primário, existem ainda os secundários (eventuais e acessórios) e os deveres laterais de conduta e ainda direito potestativo e o respectivo estado de sujeição, ônus jurídicos, expectativas jurídicas, exceções e situações jurídicas.

O atual estágio do direito negocial impõe que a relação jurídica seja lida como um processo que carrega consigo complexo feixe de obrigações que se projetam reciprocamente entre as partes que a compõem, especialmente por conta da necessária colaboração a ambas imposta e ainda com ligações externas por conta da necessária obediência à função social do contrato.⁴⁷²

Mas não é só. Para a regularidade da atuação empresarial, não basta que as partes respeitem o contrato; fundamental que a sociedade adote posturas aptas a preservar o teor dos contratos como instrumentos de circulação de riquezas que o são. O altruísmo [ou seja, ver-se no outro; respeitar os direitos alheios como se fossem seus] é necessário para a convivência harmônica, a manutenção da confiança, da boa-fé e da função social dos contratos empresariais, e isso extrapola o estrito âmbito contratual. Demanda da sociedade – e do jurista, de maneira especial – a revisitação de velhos conceitos morais e éticos outrora abandonados, mas que voltaram à tona com a instauração da nova ordem principiológica instaurada, com o texto constitucional, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

Exige, ainda, a análise do Direito não apenas como estrutura – ou seja, sistema de regras e princípios – mas, sobretudo, como função positiva oriunda do Estado e dos próprios operadores jurídicos, a quem compete promover o desenvolvimento de regras morais de conduta e resgatar padrões éticos tendentes a melhorar a vida social, integrando os indivíduos, mediante a adoção de técnicas de encorajamento.⁴⁷³ Transpondo esse raciocínio para a limitação ao exercício do direito potestativo extintivo dos contratos, observa-se que:

A necessidade de preservar a ordem econômica e a fidelidade às convenções demanda que terceiros se abstenham de violar contratos em andamento. O abuso no exercício da liberdade contratual gera responsabilidade de quem induz outrem à violação de contrato. A colaboração em grau mínimo da sociedade já é suficiente para preservar a confiança na circulação econômica dos créditos. Assim, há uma necessidade de relativização do próprio princípio da relatividade contratual. Anote-se: a sociedade não é apenas obrigada a respeitar os direitos da personalidade a propriedade alheia. O direito de crédito requer tutela ampla,

⁴⁷² CATALAN, op. cit., p. 245.

⁴⁷³ BOBBIO, 1984, p. 30-31, 33.

verdadeira via de mão dupla, conjugando respeito mútuo entre os contratantes e a sociedade.⁴⁷⁴

O que se defende no presente trabalho não é a supressão do direito das partes, utilizando-se de uma prerrogativa legalmente conferida a si, que encontra amparo na liberdade contratual e na livre iniciativa, de extinguirem uma determinada relação jurídica, mas, diversamente, garantir que os contratos empresariais sejam guiados, concomitantemente, pelos primados do solidarismo e da dignidade humana.

Extinguir um contrato é um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, expressa e implicitamente, mas utilizar-se de uma prerrogativa legal com o escopo de atingir objetivos egoísticos e ilícitos, simplesmente prejudicar a contraparte, obrigá-la a praticar determinadas condutas que, sob os prismas da eticidade, moralidade e da justiça contratual, não são legítimos; ou mesmo com o escopo de causar prejuízo à coletividade, evidencia o desvio havido em um direito reconhecido pela ordem jurídica, tornando-o irregular, abusivo e, portanto, ilícito.

Em contrapartida, a sujeição ordinariamente imposta à parte contra quem o direito potestativo é exercido merece ser mitigada, não apenas sob o prisma reparatório, mas, sobretudo, preventivo, dado que existem valores que indenização alguma pode reparar.

Conforme já se asseverou em itens 2.1.2 e 2.1.3, o exercício do direito potestativo pelo seu titular gera na contraparte uma sujeição que não pode, em tese e em princípio, ser quebrada, já que a doutrina tradicional determina que esta não pode ser infringida. Dos ensinamentos do grande tratadista português Manuel Antonio Domingues de Andrade, extrai-se a seguinte passagem, que bem elucida essa afirmação. Segundo o jurista, na sujeição há uma

necessidade imposta pela ordem jurídica ao sujeito de suportar as consequências do exercício do direito potestativo, ou seja, a produção dos efeitos jurídicos a que tende o mesmo direito. Trata-se aqui de uma necessidade fatal, pois a produção destes efeitos verifica-se de modo inelutável. O sujeito nada pode fazer contra isso. Poderá infringir depois os efeitos produzidos, mas então estaremos já no domínio dos direitos subjectivos *stricto sensu*. O que não pode, certamente, é frustrar a produção de tais efeitos, embora expondo-se a quaisquer sanções. Eles produzirão sempre, queira ou não o sujeito, logo que o direito potestativo exista e

⁴⁷⁴ ROSENVALD, 2007, p. 95.

seja exercitado em devida forma. A sujeição, portanto, ao contrário do dever jurídico, não pode ser infringida.⁴⁷⁵

O entendimento merece reparos, até mesmo em decorrência do caráter principiológico e dos valores que vêm sendo empregados para a solução dos litígios que envolvem contratos empresariais, que demandam o entendimento tradicional sopesados sob a atual concepção dos direitos e seus limites.

Em primeiro lugar, impende esclarecer que, constatando-se no caso concreto – e tanto a função social quanto a boa-fé objetiva somente podem ser aferidas episodicamente, de acordo com a peculiaridade de cada situação – infringência ou aos princípios legais ou aos constitucionais que, necessariamente, devem reger as relações jurídicas, empresariais ou não, a sujeição não é a consequência exata e necessária ao direito potestativo imposto pelo seu titular.

Casos existem em que a oposição da contraparte, com vistas a coibir a prática de um ato ilícito⁴⁷⁶ pelo titular do direito se mostra como medida legítima e, portanto, hábil de ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

Outra ressalva deve ser feita para que se tenha a tutela jurídica em face do exercício indevido do direito potestativo: se o direito formativo gera uma sujeição na parte contra quem é exercido, não se pode conceber que a tutela desse direito seja reparadora. A partir do momento em que o titular do direito potestativo tiver efetivado seu direito, surge a parte sujeita aos efeitos de tal ato direito subjetivo de reparação de danos.

Ou seja: a tutela contra o ato abusivo praticado, quando este emanar de direito formativo, deve ser preventiva, já que a reparação de danos demanda a existência de direito subjetivo da parte lesada e não tutela jurisdicional preventiva.

Conseqüentemente, dois momentos devem ser diferenciados. O primeiro, diante do risco de lesão decorrente do exercício abusivo de um direito potestativo, o qual gera à vítima tutela preventiva do judiciário; o segundo, após a consecução do dano oriundo do ato abusivo, quando então a solução jurídica reparadora tem como fundamento um direito subjetivo de indenização [a qual não é, necessariamente, pecuniária].

⁴⁷⁵ ANDRADE, op. cit., p. 16.

⁴⁷⁶ O “ilícito” em questão diz respeito a qualquer ato que contrarie o sistema jurídico, que afronte a boa-fé objetiva, a função social, a confiança, os preceitos de ética, justiça contratual, a dignidade humana, o solidarismo, a autonomia privada e a livre iniciativa. Trata-se de ato abusivo em sentido *lato*, que é objeto de tutela pelo Direito não apenas em decorrência da aplicação de uma determinada norma ao caso concreto, mas de todo o sistema e sua ordem axiológica.

3 EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO E SUAS SANÇÕES

Conforme exposto, a superação do paradigma liberal-individual-normativista culminou em uma nova forma do homem conceber o mundo e lidar com as relações sociais, fato que vem gerando reflexos profundos na relação jurídica negocial, a qual passou a ser norteadada pelos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade⁴⁷⁷, todos, verdadeiros pilares axiológicos da nova teoria contratual.

A mudança operada com a inserção desses princípios na sistemática jurídica não é apenas estrutural, mas, sobretudo, funcional: com base nos postulados sociológicos esculpidos no texto constitucional, a interpretação de todo negócio jurídico demanda, hodiernamente, que os interesses individuais passem pelo prisma da solidariedade e da interdependência social para que atinjam as finalidades do sistema jurídico e para que seja, efetivamente, objeto de tutela pelo Direito. Assim é que, “à luz da concepção civil-constitucional, não se pode conceber a predominância de interesses particulares dissociados do princípio da solidariedade (art. 3º, I, CF) que hoje vige”.⁴⁷⁸

Com o reconhecimento de que as normas jurídicas não são perfeitas, nem hábeis a enfeixar em preceitos legais todas as diretrizes para o exercício dos direitos, reconheceu-se à doutrina e à jurisprudência o papel complementar ao texto legal, visando a solucionar os conflitos jurídicos cotidianamente encontrados no meio

⁴⁷⁷ Tais características consistem, respectivamente, na necessidade dos indivíduos primarem por comportamentos leais, probos, pautados na confiança, revelando a função educativa do Direito [eticidade]; na funcionalidade atribuída aos principais pilares do Direito privado, a saber, a propriedade, a empresa, o contrato, a família e o testamento, os quais passam a ser guiados por critérios de segurança e justiça [socialidade]; e, ainda, na preocupação em atribuir aos institutos jurídicos e aos dispositivos legais forma técnica, de maneira a facilitar sua compreensão e aplicação pelo intérprete e pelos indivíduos em geral [operabilidade]. (BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo código civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 90-92). Nesse mesmo sentido: FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 138; NANNI, Giovanni Ettore. *Abuso do direito*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 746; CALCINI, Fábio Pallaretti. *Abuso do direito e o novo código civil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 93, v. 830, p. 28-29. Para esse jurista, os princípios estruturais da codificação aproximam o Direito das complexidades da vida hodierna. A eticidade importa na inserção de valores no ordenamento jurídico, compatibilizando-os com a técnica jurídica, tendo em mira a consagração da justiça, mediante a realização da dignidade da pessoa humana, a boa-fé e os demais fundamentos axiológicos do sistema normativo. Com a eticidade, a operabilidade, que prima pela simplicidade do ordenamento, visando a facilitar sua aplicação, realiza-se por meio da adoção do sistema de cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados e das normas genéricas, que permitem a ingerência do jurista e a aplicação da hermenêutica para a efetivação de direitos. Por fim, a socialidade prima pelo exercício dos direitos individuais, levando em conta o interesse de toda a coletividade (CALCINI, op. cit., p. 28-29).

⁴⁷⁸ NANNI, op. cit. p. 742.

social.⁴⁷⁹ Assim, para manter o equilíbrio e o convívio sociais, a relativização dos direitos individuais, originariamente egoísticos, encontraram como freio a concepção humanizada e funcionalizada da sociedade, de acordo com os limites teleológicos e axiológicos contidos na norma jurídica.

Nessa seara, ganhou relevo a teoria do abuso do direito, edificada em decisões jurisprudenciais emanadas dos tribunais europeus a partir do século XIX – em especial, da França e da Alemanha⁴⁸⁰ – orientando o sistema jurídico para que este cumpra a função de regular a vida em sociedade, mediante a atribuição de deveres em igual proporção ao reconhecimento de direitos aos indivíduos, viabilizando, com isso, a efetivação dos objetivos humanísticos que regem a vida em sociedade.

A explicação para o surgimento e a evolução que a teoria ganhou, principalmente no último século, reside no reconhecimento de que cada direito possui um preceito normativo que o prevê e o regula, seja com base nos preceitos da boa-fé ou dos bons costumes [regras de caráter geral], seja com fundamento no fim social ou econômico de cada direito [características analisadas episodicamente], tornando-se indispensável para a convivência humana de forma pacífica, a imposição de limites pelo próprio Direito contra os excessos cometidos pelo titular de um determinado direito.⁴⁸¹ O abuso do direito nada mais é, portanto, do que uma forma de compatibilizar e harmonizar direitos em prol do bem comum, a partir do reconhecimento de que cada indivíduo tem um eixo dentro do qual seus direitos podem ser exercidos licitamente; para além desses limites individuais impostos, o exercício do direito se torna ilegítimo, configurando o exercício inadmissível de posições jurídicas.

3.1 DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

3.1.1 Influência dos direitos romano clássico e medieval para a construção da teoria

⁴⁷⁹ LIMA, Avino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 218.

⁴⁸⁰ WARAT, Luís Alberto. El concepto del abuso del derecho y la teoría kelseniana. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Boiteux, 2004, v. 2. p. 285.

⁴⁸¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007 (coleção de teses). p. 661-662.

A doutrina do abuso do direito não se formou no direito romano clássico⁴⁸², mas o atual estado do desenvolvimento da teoria deita raízes históricas em máximas já proclamadas naquela época, as quais detectaram, ao lado do exercício regular de direitos outorgados pela ordem jurídica, desvios pelos seus titulares. Logo, a contribuição do direito romano para a construção e desenvolvimento da teoria repousa no reconhecimento, ao longo dos tempos e mediante adoção de critérios diversos dos atualmente adotados, de que os direitos são concedidos aos titulares para exercício dentro de uma determinada esfera, visando a atender a determinadas finalidades.

Assim, a par da idéia predominante no direito romano, de que os direitos eram concedidos aos titulares, os quais podiam ser exercidos de forma manifestamente individualista e absoluta, ou seja, “*en Roma no se admitía la reparación del daño em el ejercicio de um derecho*”⁴⁸³, tal como ocorria com o direito de propriedade e, em especial, com o *jus abutendi*⁴⁸⁴, passou-se a conceber a existência de limitações a tais direitos.

Com isso, a concepção absoluta de direitos, tal como a encontrada no brocardo *nullus videtur dolo facere qui suo juri utitur*^{485,486} foi, gradativamente, sendo substituída, exemplificativamente, pelo *summum jus summa injuria*⁴⁸⁷, de Cícero; pelo *non omne quod licet honestum est*⁴⁸⁸, de Paulo; pelo *juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*⁴⁸⁹, de Ulpiano; pelo *malitis*

⁴⁸² Nesse sentido, CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Almedina: Coimbra, 1997. p. 47-51; MENEZES CORDEIRO, op. cit., 672-673. O segundo jurista refere-se, inclusive, aos princípios ético-humanitários cristãos para fundamentar a gênese do que mais tarde seria do abuso do direito, mas afasta o mérito pela sua teorização aos romanos ao argumento de que “a natureza do *ius romanum*, contrária a teorizações gerais: uma concepção do abuso do direito, como categoria omnipresente, expressa em princípios de alcance genérico, pressupõe conquistado, para a Ciência do Direito, o pensamento sistemático moderno.” (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 673)

⁴⁸³ Em livre tradução: “em Roma não se admitia a reparação do dano decorrente do exercício de um direito”. ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 465.

⁴⁸⁴ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e ao ato ilícito*. Atualizado por José Afonso da Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 12.

⁴⁸⁵ De acordo com tradução de Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger, “a ninguém prejudica aquele que usa de seu direito” (*Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 27).

⁴⁸⁶ De acordo com Pedro Baptista Martins, à “sombra desse brocardo foram sancionados pela doutrina e especialmente pela jurisprudência os mais grosseiros abusos” (op. cit., p. 13).

⁴⁸⁷ “Do excesso do direito resulta a suprema justiça”, conforme LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 27.

⁴⁸⁸ “nem todo ato lícito é honesto” (Id. *ibid.*, p. 27).

⁴⁸⁹ “viver honestamente, não prejudicar ninguém e dar a cada um o que é seu” (Id. *ibid.*, p. 27-28).

*non est indulgendum*⁴⁹⁰, de Celso; e pelo *ususquiesque suis fruatur et non inhiat alienis*⁴⁹¹, do imperador Leão.⁴⁹²

Não obstante, para a caracterização do ato contrário ao Direito, no direito romano clássico, exigia-se a prova do elemento intencional do agente. Tanto que Jorge Bustamente Alsina pontua que “*En Roma no era legítimo ejercer abusivamente um derecho, por lo menos com El solo fin de dañar o otro*”⁴⁹³. Também se observa, dos excertos citados por Jorge Americano, que o exercício de direitos de forma contrária à lei, em geral, envolvia o direito de propriedade imóvel e o direito de vizinhança.⁴⁹⁴

O que releva salientar, a par dessas concepções limitadoras ao exercício dos direitos pelo seu titular é que

os romanos, dando ao adágio um sentido limitado, reconheciam a possibilidade de um abuso no exercício do próprio direito de propriedade, o mais extenso e completo que conceberam.

Essa noção, porém, como concepção clássica dos direitos subjetivos, não coincide com a idéia atual do abuso do direito. Os romanos, como os clássicos, consideravam os direitos subjetivos ilimitados em sua natureza e em sua essência. Só a lei de responsabilidade poderia condicionar o seu uso e definir o seu abuso. Admitiam-se excepcionalmente restrições legais ao poder arbitrário do indivíduo, mas a maior parte destas restrições, que se aplicam sobretudo à propriedade imobiliária, têm um caráter absoluto como o direito que limitam.⁴⁹⁵

De qualquer forma, o cunho estritamente empírico⁴⁹⁶ e individualista dos direitos tutelados em Roma impediram a teorização do abuso do direito, mas não a

⁴⁹⁰ “a malícia não merece indulgência” (LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 28). Nesse sentido, Jorge Americano assevera que essa máxima “*abrangeu entre os antigos não só os actos realizados fora da esphera do direito de cada um, mas ainda aquelles que, aparentemente dentro da esphera desse direito, fossem executados com abuso ou excesso*” (AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1932. p. 10.)

⁴⁹¹ “nossos direitos devem ser exercidos sem o intuito de prejudicar os outros” (LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 10).

⁴⁹² Jorge Americano faz referência às mesmas máximas do direito romano citadas por LAUTENSCHLÄGER (op. cit., p. 9-10).

⁴⁹³ Em livre tradução: “Em Roma, não era legítimo exercer abusivamente um direito, pelo menos com o único fim de causar danos a outrem”. (ALSINA, op. cit., p. 465).

⁴⁹⁴ Nesse sentido, são citados exemplos de atos praticados em afronta ao Direito quando o proprietário de terra desvia o curso das águas de um rio com o intuito de prejudicar o vizinho (importa salientar que somente no caso de intenção maliciosa o ato era considerado contrário ao Direito, já que, caso contrário, estaria havendo o exercício do *jus abutendi*); o caso de mau uso do usufruto, quando o usufrutuário causa danos à propriedade com a intenção de prejudicar, traindo a confiança do proprietário do bem e modificando sua destinação; pais que maltratam os filhos; proteção aos escravos contra o abandono e os maus tratos ou a morte (AMERICANO, op. cit., p. 10-13).

⁴⁹⁵ MARTINS, op. cit., p. 14.

⁴⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 674.

construção de seus matizes, ainda que de forma menos aproximada do conceito atualmente concebido de abuso, em nível doutrinário.⁴⁹⁷

Com a adoção da teoria dos atos emulativos, tidos como aqueles praticados com o intuito exclusivo de prejudicar outrem⁴⁹⁸, estabeleceu-se um limite para o exercício de determinados direitos. As primeiras referências feitas pela doutrina, relativas à limitação do exercício de um direito pelo seu titular refere-se ao uso das águas [o proprietário de uma área de terras não podia, maliciosamente, desviar o curso ou impedir que a água chegasse à propriedade alheia], denotando a relativização do mais importante e absoluto dos direitos até então concebidos: o de propriedade.⁴⁹⁹

No medievo, com a expansão do sentido humanístico-cristão dos direitos,⁵⁰⁰ a doutrina dos atos emulativos estendeu-se às relações de vizinhança, mas também tinha aplicação bastante restrita, por possuir “limitações de duas naturezas distintas. Em seu conteúdo, que ficava reduzido aos direitos de vizinhança, e em suas aplicações, que se achavam condicionadas à prova do *animus nocendi*”⁵⁰¹. Para sua verificação, exigia-se, assim, o exercício de um direito pelo seu titular com o objetivo único de prejudicar outrem, a ocorrência de um dano injusto, como decorrência daquele ato e que o ato realizado fosse inútil para o agente.⁵⁰²

Obviamente, os requisitos para verificação do ato emulativo – principalmente, o elemento intencional – restringiam sobremaneira o campo de aplicação da teoria e, embora tenha havido a extensão da teoria a outros direitos subjetivos, como forma de tutelar sua finalidade social e econômica⁵⁰³, não é possível atribuir à doutrina dos atos emulativos característica de princípio geral, fato que obstou seu crescimento e edificação como regra de conduta no meio social, no

⁴⁹⁷ De acordo com Paulo Nader, “A figura do abuso do direito, se não chegou a ser teorizada pelos romanos, pelo menos foi conhecida do ponto de vista doutrinário, como se pode inferir da frase do jurisconsulto Gaio: *Male enim nostro jure uti non debemus*” (NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 345. Grifos no original). Em sentido diametralmente oposto, rechaçando o direito romano como berço da teoria do abuso do direito, MENEZES CORDEIRO assevera que: “O abuso do direito não teve consagração geral no Direito romano, ainda que sob terminologia diversa. Tão pouco uma alegada proibição de actos *ad aemulationem*, a *exceptio doli* ou a regulação dos conflitos de vizinhança podem, com propriedade, ser apontados como seus antecedentes lineares.” (op. cit., p. 676-677. Grifos no original).

⁴⁹⁸ LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 28. CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 29.

⁴⁹⁹ MARTINS, op. cit., p. 16.

⁵⁰⁰ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 674.

⁵⁰¹ MARTINS, op. cit., p. 17.

⁵⁰² Id. *ibid.*, p. 18.

⁵⁰³ LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 28.

medieval. Não obstante, é possível identificar, já na doutrina dos atos emulativos, a relativização de direitos em prol da função social que devem desempenhar.⁵⁰⁴

De qualquer forma, o que deve ser levado em conta quando se analisa a contribuição tanto do direito romano, quanto da doutrina dos atos emulativos para o desenvolvimento da teoria do abuso do direito, é que foi com base na constatação de que os direitos não são absolutos e que o mau uso de um direito atenta contra as ordens jurídica, moral e social, pode-se conceber um padrão de conduta e um ponto de partida sobre o qual o sistema jurídico deve se pautar para tutelar apenas o direito invocado de forma regular, dentro dos limites de juridicidade, sob pena da ordem jurídica estar justamente atentando contra o Direito, e não em prol dele.

3.1.2 Abuso do direito no positivismo jurídico kelseniano

Apesar de serem detectados pequenos fragmentos do que mais tarde se desenvolveria com a teoria do abuso do direito, somente na modernidade é que ela passou a ser concebida.⁵⁰⁵ Conforme bem pontua Pedro Baptista Martins, a teoria “sofreu, em várias fases da evolução jurídica, eclipses determinados pelo triunfo das idéias individualistas de que, em regra, se achavam impregnadas as legislações”.⁵⁰⁶

A partir do nominalismo⁵⁰⁷, surgiu o positivismo jurídico, que determinou o protagonismo da lei (em sentido estrito), enquanto “volição autoritária do detentor da nova soberania e caracterizada pelos atributos da generalidade e da rigidez”⁵⁰⁸, fortemente marcada pela estática de seu conteúdo, finalidades, utilidade e hierarquia. Essa concepção de Direito positivado foi

⁵⁰⁴ CARVALHO NETO, op. cit., p. 29.

⁵⁰⁵ Para Leonardo Wandelli, “somente se pode falar de abuso do direito a partir da modernidade, eis que a noção pressupõe distinções fundamentais propriamente modernas, tais como a separação de poderes, a distinção entre direito, religião e moral, a redução do direito ao direito estatal, a concepção absolutista dos direitos subjetivos, a complexificação das relações [socioeconômicas] e a positivação de textos normativos reconhecidos como ponto de partida da argumentação jurídica. Também pressupõe a tematização da metodologia específica dessa concepção de direito, positivista, em relação à qual o abuso reage.” (WANDELLI, Leonardo. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004. p. 131).

⁵⁰⁶ MARTINS, op. cit., p. 17.

⁵⁰⁷ O nominalismo marca a passagem do direito natural clássico, fulcrado no realismo, que até então servia como parâmetro para a formação do conhecimento, para a abertura de uma nova lógica, uma nova forma de conceber o homem e sua racionalidade. O nominalismo prega que não existem gêneros; só os indivíduos existem, enquanto seres singulares. Logo, tudo o que é gênero ou universal exprime meras semelhanças, signos, idéias gerais, ou seja, não significam nada em si, visto que são concepções imperfeitas. Somente o conhecimento individual é real. Nesse sentido, Villey, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (Justiça e direito). p. 225 e ss.

⁵⁰⁸ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004. p. 42.

construída sobre um alicerce considerado seguro pelos pensadores da época, que consideravam o indivíduo o centro de interesse das ciências, de quem e para quem emanavam as normas necessárias à regulação social, de origem humana.

O processo de codificação das normas, iniciado a partir de 1804, um “modo novo de conceber a produção do direito”⁵⁰⁹ foi um marco no modo de produção do conhecimento jurídico-científico. Ao mesmo tempo em que promoveu-se a positivação de normas éticas e morais como se fossem preceitos matemáticos, foi o caminho encontrado pelos juristas e filósofos da época para assegurar a ordem, a paz social e a segurança jurídica, bem como o mecanismo para ditar o alcance e os limites do poder estatal.

Esse modo de pensar as relações humanas e o Direito influenciou o desenvolvimento do abuso do direito em sua atual concepção, já que, embora em um primeiro momento, tenha havido a negação da existência do abuso do direito como fato metajurídico, foi com a análise das limitações dos imperativos positivos que se pôde conceber e desenvolver a teoria tal como vem sendo compreendida e adotada hodiernamente. Daí, observa-se que o direito positivo constitui, em certo modo, a espinha dorsal do corpo ético que rege a vida em sociedade, valor fundamental de convivência.

Nesse sentido, Luís Alberto Warat assevera:

*El Derecho (positivo) – agrega Del Vecchio – constituye, en cierto modo, la espina dorsal de cuerpo ético; o lo que es lo mismo, señala los principios que tienen un valor fundamental para la convivencia. Así, pues acontece que los elementos esenciales de la Ética adquieren consistencia jurídica, y los nos tan esenciales quedan bajo la forma moral, más vaga más indefinida. Se há querido expresar ete carácter por algunos autores – Wundt y Jellinek entre otros – diciendo que el derecho es el “mínimum ético”, esto es, aquella porción de la ética que es indispensable para la convivencia.*⁵¹⁰

Ocorre que, embora a concepção atual do Direito e da norma jurídica estejam em estreita consonância com princípios de ordem moral e social, quando do surgimento do positivismo jurídico, foi justamente o caminho inverso que se verificou,

⁵⁰⁹ GROSSI, op. cit., p. 106.

⁵¹⁰ Em livre tradução: “O direito (positivo) – acrescenta Del Vecchio – constitui, de certo modo, a espinha dorsal do corpo ético; ele, em si mesmo, assinala os princípios que têm valor fundamental para a convivência. Assim, pois, acontece que os elementos essenciais da Ética adquirem consistência jurídica, os não tão essenciais direitos assumem forma moral, mais vaga, mais indefinida. Tem-se expressado esse caráter por alguns autores – Wundt e Jellinek, entre outros – dizendo que o direito é um ‘mínimo ético’, isto é, aquela porção de ética que é indispensável para a convivência.” (WARAT, op. cit., p. 293).

já que o sistema normativo era concebido como uma pirâmide que tinha como fator de legitimação o fato de ser edificada pelo Estado, a quem incumbia o papel de estabelecer em um sistema hierarquicamente fechado e avalorativo, a relevância jurídica de cada direito, atribuindo-lhe força imperativa em face de toda a sociedade.⁵¹¹

Os direitos não eram atribuídos aos indivíduos e à sociedade, mas impostos⁵¹², dentro da racionalidade formal-positivista⁵¹³ então vigente. O fato social deveria, segundo o pensamento da época, amoldar-se à norma jurídica, a qual não era dotada de valores, tampouco permeável com a ética, a moral, os bons costumes ou mesmo com as demais ciências.

Como o ordenamento jurídico era concebido como uno, coerente e completo, a atividade jurisdicional limitava-se a aplicar, ao caso concreto, a norma positivada. A racionalidade então vigente tratava-se de mera tarefa de subsunção da regra jurídica ao fato, que afastava por completo a atividade valorativa do juiz. O fato deveria ser compatível à moldura da norma, dada a completude do sistema codificado e sua unidade estrutural.⁵¹⁴

Por outro lado, a tarefa de identificar os fatos cuja regulação jurídica e a forma como esta deveria se dar ficavam totalmente a cargo dos legisladores. Ao juiz, era atribuída⁵¹⁵ a tarefa de descobrir a vontade do legislador e a vontade da lei,

⁵¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Verificação Técnica de Claudio de Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 48-53.

⁵¹² Nesse sentido, Norberto Bobbio assevera que “[...] o Direito é fundado em última instância sobre o poder e entendendo por poder o poder coercitivo, quer dizer, o poder de fazer respeitar, também recorrente à força, as normas estabelecidas, não dizemos nada de diferente daquilo que temos repetidamente firmado em relação ao Direito como conjunto de regras com eficácia reforçada [...]”. (Id. *ibid.*, p. 66).

⁵¹³ WANDELLI, op. cit., p. 133.

⁵¹⁴ Sobre a completude do ordenamento jurídico e sua ligação com o positivismo jurídico, ver Bobbio, op. cit., p. 115 e ss.

⁵¹⁵ A esse respeito, Keila Pacheco Ferreira resume, de forma didática, o pensamento positivista, ao asseverar que “Com efeito, a grande maioria dos juristas franceses acreditava, utopicamente, que o célebre Código de Napoleão, publicado em 1804, unificando o direito civil francês, era o exemplo de uma construção lógica perfeita, eterna e imutável. Este dogma levou os estudiosos a entenderem que o direito positivo identificava-se com a lei escrita, sendo que a tarefa do jurista resumia-se apenas a fazer a exegese do texto legal, atendo-se a este com absoluto rigor, no intuito de revelar o seu sentido. Ao intérprete não era admitido nenhum arbítrio, nenhuma reforma ao texto legal, nenhuma realização do direito, somente a subsunção do fato concreto à determinação abstrata da lei, pois a intenção do legislador deveria prevalecer sempre. O direito positivo, expresso no texto legal, já era um produto acabado, capaz de gerar a certeza e a segurança jurídica almejadas pela sociedade àquela época, e o intérprete, por meio da exegese dos textos, deveria apenas buscar a vontade do legislador.” (FERREIRA, op. cit., p. 28-29).

sendo-lhe vedado utilizar-se de critérios valorativos ou socorrer-se de fatores metajurídicos para solucionar o caso concreto.

Dentro dessa perspectiva individualista, avalorativa e estanque do Direito, vigente na época do positivismo puro, não era possível conceber a existência do abuso do direito, dado que era considerado fato metajurídico. O direito ou era, ou não era outorgado pela ordem jurídica; existia ou não; era lícito ou ilícito. Não se concebia a possibilidade do titular de um direito exercê-lo em afronta ao ordenamento justamente porque o sistema imaginado pelos juristas da época era dotado de unidade, coerência, completude e auto-suficiência, elementos que conferiam a falsa impressão de segurança jurídica do sistema.

Sobre a fragilidade da teoria positivista tradicional, Luís Alberto Warat pontua que:

La teoría tradicional, no obstante, afirma Kelsen, temerosa de atribuirle amplias facultades interpretativas al poder judicial, que lo pondrían en un pie de igualdad con el legislador, procura por todos los medios obtener una “ilusória seguridad” jurídica, brindándole al juez ciertas pautas de interpretación de las cuales no podría apartarse en ciertos casos, sin caer en la arbitrariedad.⁵¹⁶

Assim, adstritos à mera tarefa de subsunção da norma criada e valorada exclusivamente pelo legislador ao caso concreto, não era dado aos juízes efetuar qualquer interpretação extensiva ou adotar amplos critérios de equidade ou teleológicos na aplicação da norma.⁵¹⁷

O abuso do direito, por não ter, naquela época, previsão legal expressa – mesmo porque uma norma jurídica nesse sentido acarretaria o reconhecimento de que o sistema piramidal apresentava falhas – inseria-se entre as lacunas do Direito, as quais não eram admitidas pelo positivismo puro, diante da impossibilidade dos juízes efetuarem qualquer tarefa interpretativo-integrativa da norma jurídica. Assim:

El problema de la interpretación se acentúa, aun más, en el caso de las denominadas “lagunas del derecho”. Com esto – dice Kelsen – se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, El órgano encargado de resolverlo

⁵¹⁶ Em livre tradução: “A teoria tradicional, não obstante, afirma Kelsen, temerosa de atribuir amplas facultades interpretativas ao poder judicial, que o colocariam em pé de igualdade com o legislador, procura por todos os meios obter uma ‘ilusória segurança’ jurídica, conferindo ao juiz certos parâmetros de interpretação às quais não poderia se distanciar em certos casos, sem cair em arbitrariedades.” (WARAT, op. cit., p. 296).

⁵¹⁷ FERREIRA, op. cit., p. 29.

*serla incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar El derecho vigente, y para llenar esa laguna se verla, constreñido a recurrir a la interpretación. [...] La pretendida laguna no serla outra cosa que una divergência entre la normatividad jurídica y la normatividad meta-jurídica, considerada mejor o más justa.*⁵¹⁸

Como as lacunas não eram admitidas, mas consideradas ficção jurídica⁵¹⁹, não eram passíveis de tutela pelo ordenamento, em determinados casos, quando a ilicitude era manifesta, somente se admitia que o juiz se pronunciasse caso encontrasse em normas de hierarquia superior, fundadas em valores éticos ou morais, fundamento para invalidar ou afastar episodicamente a incidência da norma hierarquicamente inferior.

O fundamento invocado para tanto estava no fato de que, como a norma inferior foi criada tomando por base uma norma superior, o órgão criador teria levado em conta as normas superiores relativas à justiça, à moral, ao bem público, ao interesse do Estado. Mesmo assim, a norma inferior deveria estar pautada nos limites fixados pela superior, dado que “Nos tempos modernos o dogma da completude tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito, isto é, daquela concepção que faz da produção jurídica um monopólio do Estado.”⁵²⁰

Nesses casos, mesmo considerando o fato de que a norma superior fundava-se em parâmetros metajurídicos, não era admitida a adoção de critérios diversos do direito positivo para a solução do caso concreto. A explicação era bastante lógica: mesmo estando a norma pautada em critérios metajurídicos, era lei positivada e, por este motivo, sua subsunção era admitida, por não se enquadrar como atividade valorativa do juiz. Novamente, a atividade jurisdicional era considerada mera aplicação da norma ao caso concreto, reforçando-se a completude do sistema jurídico piramidal.

⁵¹⁸ Em livre tradução: “O problema da interpretação se acentua, ainda mais, nos casos das denominadas ‘lacunas do direito’. Com isto – disse Kelsen – faz-se referência à impossibilidade de aplicar o direito vigente em um caso concreto porque nenhuma norma jurídica indica a conduta devida. Segundo essa posição, ocorrendo esse litígio, o órgão encarregado de resolvê-lo seria incapaz de fazê-lo se tivesse que limitar-se a aplicar o direito vigente, e para suprir essa lacuna haveria de se valer das construções interpretativas. [...] A pretendida lacuna não seria outra coisa senão uma divergência entre a normatividade jurídica e a normatividade metajurídica, considerada melhor ou mais justa.” (WARAT, op. cit., p. 296).

⁵¹⁹ Id. ibid., p. 297.

⁵²⁰ BOBBIO, op. cit., p. 120.

O abuso do direito, sob esse enfoque, convertia-se em ilicitude jurídica⁵²¹, abarcado, portanto, pelo sistema jurídico positivado. Falar em abuso do direito, para os positivistas, nada mais era do que falar sobre uma ficção jurídica, já que criavam-se normas dotadas de suficiente abertura para justificar o papel supletivo desempenhado pelo juiz no caso concreto.

Criaram-se formas lingüísticas que cumpriam a função de ocultar a faculdade criadora do juiz, preservando a aparência de este ser mero porta-voz da lei. O juiz não admitia abertamente ter abandonado, em determinados casos, o texto legal, comportando-se como se estivesse promovendo verdadeira interpretação da lei. Não se tratava de atitude abstenseísta, mas, da válvula de escape encontrada pela burguesia liberal como fundamento para legitimar a tutela de seus interesses, a imposição de limites e a sujeição do Estado ao sistema jurídico de normas; uma revolução cultural necessária para a evolução do Direito, que foi eficaz, mas também mostrou-se insatisfatória ao longo dos anos.⁵²²

Una vez que los factores de motivación, combinados – las palabras de la ley, las consideraciones pragmáticas, la estimación de los hechos – han producido sus efectos en El espíritu del juez e influido sobre el em favor de una determinada decisión, construye una fachada de justificación que a menudo no concuerda con lo que em realidad lo hizo decidir El caso em la forma em que fue decidido.

*Crea entonces ciertas formas lingüísticas que cumplen la función de ocultar la facultad creadora del juez “preservando – añade Ross – la apariencia de que este no es outra cosa que um portavoz de la ley. El juez no admite em forma abierta, por lo tanto, que seja a un lado el texto. Mediante una técnica de argumentación que se há desarrollado como ingrediente tradicional de la administración de justicia, El juez aparenta que, a través de varias conclusiones, su decisión puede ser deducida de la verdadera interpretación de la ley.”*⁵²³

⁵²¹ E o era assim considerado porque, inserindo-se em uma “estrutura jurídica já conhecida e elaborada pela civilística clássica [...] ficava preso na descrição positivista, cujo rompimento significaria a dissolução da racionalidade do sistema jurídico e do caráter absoluto do direito subjetivo.” (FERREIRA, op. cit., p. 29-30).

⁵²² A esse respeito, hodiernamente, é pacífico o entendimento de que “a lei não pode ter a vã pretensão de impor soluções científicas ao cultor do direito, nem este se deve sentir vinculado àquelas que o legislador porventura tenha vindo a fazer” (CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 16), o que é resultado das constantes (r)evoluções pelas quais o Direito passa no processo de atender aos anseios sociais e regular a vida em sociedade. Assim é que impressão de que o sistema jurídico formal, positivado, proposto por Kelsen, traria segurança jurídica à sociedade. Mostrou-se, com o tempo, traços de insegurança, motivados pelo distanciamento havido entre lei e fato social, que atestaram “a inocuidade do controle científico expressado na metáfora da moldura e a total incapacidade de fundamentação racional de decisões a partir dos pressupostos do formalismo positivista” (WANDELLI, op. cit., p. 144).

⁵²³ Em livre tradução: “Uma vez que os fatores de motivação, combinados – o texto legal, as considerações pragmáticas, a valoração dos direitos – terão produzido seus efeitos no espírito do juiz e influido sobre ele em favor de uma determinada decisão, constitui uma aparência de justificação que muitas vezes não condiz com o que na realidade se deva decidir e o que foi decidido. Criam-se então certas formas lingüísticas que cumprem a função de ocultar a faculdade criadora do juiz

Com o tempo, os próprios juristas não puderam deixar de constatar que o sistema positivista puro, ao qual foi atribuído o *status* de modificar a ordem social, sem sofrer as ingerências desta, é um mito e encontra-se sujeito a falhas – ou seja, não é dotado da completude desejada – eis que dissociado das concepções de valor e ética que guiam a convivência social. A concepção do Direito como estrutura formalista, estática, avaliativa prevalecente no conceitualismo foi, aos poucos, sendo substituída enquanto a própria vida em norma, ligada à realidade concreta e aos fatores histórico-culturais⁵²⁴, que formam a relação simbiótica fato, valor e norma; logo, incapaz de corresponder à sua própria natureza e função. Nesse sentido, afirma-se com Norberto Bobbio que

se quisermos criticar o fetichismo legislativo dos juristas, precisaremos em primeiro lugar abolir a crença de que o Direito estatal é completo. A batalha da escola do Direito Livre contra as várias escolas da exegese é uma batalha pelas lacunas. [...] Os sustentadores da nova escola afirma que o Direito constituído está cheio de lacunas e, para preenchê-las, é necessário confiar principalmente no poder criativo do juiz, ou seja, naquele que é chamado a resolver os infinitos casos que as relações sociais suscitam, além e fora de toda a regra pré-constituída.⁵²⁵

Assim é que reconheceu-se, com o passar dos tempos e a inevitável decadência do “estadismo jurídico”⁵²⁶, que as normas envelheceram, ao mesmo tempo em que os anseios sociais se modificaram. Desta feita, embora o sistema jurídico positivado e a dogmática jurídica como verdade única, com a separação rígida entre o científico, o social, o ético, o moral etc. tenham respondido (e atendido) às necessidades da sociedade da época, o aparecimento de questões complexas que, inexoravelmente, tinham solução em critérios metajurídicos, e as novas demandas da sociedade, exigiram respostas mais adequadas e satisfatórias.

Nesse momento, com o declínio do positivismo puro, em um novo ciclo de evolução do Direito, reconheceu-se tanto que as normas jurídicas escritas não correspondiam aos anseios da sociedade, quanto que ao juiz não era dada a liberdade de decidir o caso concreto da maneira que melhor lhe aprofundasse, sem

preservando – assinala Ross – a aparência de que este não é outra coisa senão um porta-voz da lei. O juiz não admite de forma aberta, portanto, que deixa de lado o texto. Por meio de uma argumentação técnica que se tem desenvolvido como componente tradicional da administração de justiça, o juiz aparenta que, através de várias conclusões, sua decisão pode ser deduzida da verdadeira interpretação da lei.” (WARAT, op. cit., p. 299).

⁵²⁴ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 21.

⁵²⁵ BOBBIO, op. cit., p. 122-123.

⁵²⁶ Id. ibid., p. 123.

qualquer tipo de limitação. Suas decisões estão motivadas por exigências sociais e por considerações jurídico-sociológicas. Ou seja: “o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa”⁵²⁷, reclamando novas posturas dos operadores jurídicos, a fim de que possam cumprir a função para a qual foram edificados. Reconheceu-se que:

O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). A interdisciplinaridade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a lingüística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.⁵²⁸

Ou seja: “*Son las exigencias sociales insatisfechas de cada época, las que com su clamor van exigiendo nuevas limitaciones que adecúan el ordenamiento normativo a la cambiante realidad*”⁵²⁹. As circunstâncias que culminaram na aparição do conceito de abuso de direito corroboram essa afirmação. A missão do cientista ou do jurista consiste em descobrir diferentes possibilidades de solução com base nas normas, podendo utilizar-se, para tanto, de elementos motivadores metajurídicos. Nesse último sentido, o abuso do direito assume sua mais autêntica dimensão, conforme adiante se exporá.

3.1.3 Construções teóricas do abuso do direito

Um dos maiores desafios para o estudo do abuso do direito é encontrar critérios para sua verificação e aplicabilidade; identificar se é instituto autônomo do Direito ou se é apenas modalidade de ato ilícito. Diante das discussões travadas pelos positivistas puros e da falência de determinados postulados tidos como absolutos⁵³⁰, uma série de teorias surgiram para tentar justificar a existência – ou não – do abuso do direito.

⁵²⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 17.

⁵²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 14-15.

⁵²⁹ Em livre tradução: “São as exigências sociais insatisfeitas de cada época que, com seu clamor, vão exigindo novas limitações, que se adaptem ao ordenamento normativo e à realidade cambiante.” (WARAT, op. cit., p. 300).

⁵³⁰ Entre eles, o direito de propriedade, a força normativa e a imperatividade dos contratos.

Entre elas, ganham especial relevo as extremistas – objetivas, subjetivas e mistas⁵³¹ – as quais, partindo de raciocínios bastante diversos, procuraram justificar a existência do abuso do direito em categoria autônoma. Como o objetivo do trabalho não é analisar cada um dos pensamentos desenvolvidos sobre a teoria do abuso do direito, mas sim demonstrar a existência de divergências nos pontos de partida e nas soluções encontradas nos estudos desenvolvidos por diversas vertentes doutrinárias, citam-se algumas das mais significativas para o estudo da teoria.

Inserem-se entre os subjetivistas negativistas estudiosos como Duguit e Planiol, para quem os direitos são objetivamente outorgados pela lei, não havendo falar-se em direitos subjetivos. Como os direitos emanam do texto legal, ou o ato é conforme ou é contrário ao Direito, objetivamente analisado.

Para Duguit, “o Direito constitui-se da observação dos fatos e de uma solidariedade social, cuja base encontra-se na norma social, a qual se transforma em norma jurídica”⁵³², negando a intervenção do ato normativo na vida social, visto que “o Direito impõe-se, independentemente de qualquer intervenção do Estado, pois o legislador não é seu criador”⁵³³. Para o jurista, o que importa é a relação

⁵³¹ Em linhas gerais, as teorias objetivas para o abuso do direito pregavam a responsabilidade do agente por qualquer dano causado a outrem, independentemente do fato do direito ser exercido de forma lícita ou não. A crítica feita a tais teorias assenta-se no engessamento do exercício dos direitos subjetivos, já que todo ato, mesmo que lícito, é passível de causar dano a outrem. Assim, a adoção dessas teorias acarretaria a negação de direitos subjetivos aos indivíduos.

Nas teorias subjetivas, por sua vez, somente haveria abuso do direito nos casos em que o agente tivesse praticado ato emulativo, com o escopo de prejudicar outrem, independentemente da configuração do dano. A grande problemática identificada em tais teorias reside na impossibilidade ou dificuldade em identificar o dolo ou a má-fé do agente, já que a análise do elemento anímico é extremamente subjetiva pelo julgador e demandaria, no mais das vezes, o afastamento de qualquer proveito oriundo do ato para que este pudesse ser caracterizado como abusivo.

Já nas teorias mistas, prega-se a convergência de elementos objetivos e subjetivos para a caracterização do ato abusivo, sendo as que ganharam maiores desdobramentos e repercussões no mundo jurídico. Entre essas teorias, apresentam especial relevo a da anormalidade do dano produzido pelo ato como critério para a identificação do abuso do direito, as teorias finalistas, que partiam da finalidade do direito concedido pelo ordenamento jurídico para o seu titular e os prejuízos socialmente indesejáveis pelo exercício de um direito (em tais teorias, é admitida a interferência da moral, da ética, da consciência coletiva como elementos determinantes para a verificação do abuso ou não de um determinado direito), dos limites normativos internos e teleológicos do ato, dos interesses postos em jogo diante do exercício de um determinado direito, entre outras. Nesse sentido, LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 37-51; CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001. p. 46-57.

⁵³² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 70.

⁵³³ Id. *ibid.*, p. 70.

existente entre o indivíduo e o direito objetivamente posto, ditas “situações jurídicas subjetivas”⁵³⁴; o construído pela sociedade, objetivamente considerado.⁵³⁵

Por outro lado, Planiol leva em conta a existência dos direitos subjetivos outorgados pela ordem jurídica, mas considera paradoxal a expressão “abuso do direito”⁵³⁶, por entender que um ato não pode ser, a um só tempo, contrário e conforme o Direito, já que ao tornar-se abusivo, cessa a existência de direito no ato. Pedro Baptista Martins, traduzindo Planiol, assevera:

Fala-se facilmente do uso abusivo de um direito, como se esta expressão tivesse um sentido claro e preciso. Mas é necessário não nos iludirmos: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito.⁵³⁷

Como Planiol parte da premissa de que o abuso importa na inexistência do direito, enquadrando-se o ato assim praticado como ilícito, deixa de aprofundar-se no estudo da teoria e analisa demasiadamente jogos de palavras, na tentativa de encontrar uma expressão morfológica bem acabada para explicar o fenômeno^{538,539}, o que, atualmente, perde sua razão de ser, já que “No fundo, toda gente está de acordo; a diferença está em que onde uns dizem; ha uso abusivo de um direito, dizem os outros: ha um acto realizado sem direito”⁵⁴⁰. Além disso, a expressão, da forma simples como está posta, é facilmente compreensível até mesmo pelos leigos⁵⁴¹, o que significa que carrega consigo uma importante característica com a qual o estudioso do Direito deve se preocupar: chegar,

⁵³⁴ Id. *ibid.*, p. 73.

⁵³⁵ Rosalice Fidalgo Pinheiro intitula o pensamento de Duguit de “positivismo sociológico”, em que a sociedade impõe deveres aos indivíduos, enumerados objetivamente, de acordo com a função desempenhada no meio social e a realidade existente para um determinado povo. Conseqüentemente, a própria sociedade impõe limites às liberdades individuais, já que estas são moldadas de acordo com os critérios social e objetivamente aceitos. (*op. cit.*, p. 73-74).

⁵³⁶ A expressão utilizada por Planiol para referir-se ao fenômeno é “logomaquia”, termo que quer designar a discussão sobre o sentido ou a origem de uma palavra. Nesse sentido, CARVALHO NETO, *op. cit.*, p. 53-54.

⁵³⁷ PLANIOL *apud* MARTINS, *op. cit.*, p. 25.

⁵³⁸ Algumas das expressões empregadas pelo jurista são “excesso de direito”, “desvio do direito”, “conflito de direitos” e “falta de direito” (PINHEIRO, *op. cit.*, p. 78-81).

⁵³⁹ Muitos estudiosos se ocuparam em analisar o termo “abuso do direito”, entre eles Cândido Figueiredo, Larousse, Constancio, Moraes, Frei Domingos Vieira, Desserteaux, Duffau Lagarosse, Demogue, Emmanuel Lévy, sendo que, em todos os casos, a conclusão alcançada era de que o abuso nada mais era do que o “excesso”, o “desvirtuamento” ou o “descomedimento” no exercício de um direito reconhecido pela ordem jurídica, cujo exercício desviou de sua finalidade. Nesse sentido, AMERICANO, *op. cit.*, p. 3-5; MARTINS, *op. cit.*, p. 26-27.

⁵⁴⁰ AMERICANO, *op. cit.*, p. 3. Grifos no original.

⁵⁴¹ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 101.

efetivamente, ao conhecimento das gentes, fato que carrega a expressão de sentido, amplitude e aplicabilidade.

De qualquer forma, o que releva observar é que, conforme bem pontua Jorge Americano,

‘o direito cessa onde começa o abuso’, e não póde haver uso abusivo de um direito pela razão irrefutável de não poder o mesmo acto ser ao mesmo tempo ‘conforme ao direito e contrario ao direito’. A verdade é que os direitos quase nunca são absolutos; são, na maior parte, ‘limitados em sua extensão’ e o seu exercício exige certas condições. Quando se excedem estes limites ou quando se não observam estas condições, age-se realmente sem direito. Póde haver abusos, pois, na conducta dos homens, mas não quando exercem os seus direitos e sim quando os ‘excedem’; abusa-se das cousas, não se abusa dos direitos;⁵⁴²

Coube a Josserand, a importante tarefa de iniciar o desenvolvimento da teoria do abuso do direito sistematicamente, como categoria jurídica autônoma^{543,544}, que diferenciou o Direito como o “conjunto de regras sociais”⁵⁴⁵ e um direito tido como prerrogativa outorgada a um indivíduo pelo ordenamento jurídico, com base na análise de julgados proferidos pelos tribunais franceses.⁵⁴⁶ Adotou-se, nesta concepção, o critério finalista para identificação do abuso do direito.

De acordo com esse jurista, a conjugação dos critérios intencional, técnico, econômico e social do ato praticado possibilita a verificação de sua adequação ou não ao Direito.⁵⁴⁷ Trata-se da adoção de um critério finalista ou teleológico, segundo o qual “não há contradição e que um ato seja a um tempo conforme a tal direito determinado, e, entretanto, contrário ao direito considerado em sua generalidade e em sua objetividade”⁵⁴⁸.

A ruptura verificada com a teoria desenvolvida por Josserand está, principalmente, no fato de que o abuso do direito deixou de ser analisado como modalidade de ato ilícito, decorrente do elemento intencional [subjeto] do agente e deslocou o critério para sua identificação para a finalidade para a qual o ato analisado se destina. De acordo com Rosalice Fidalgo Pinheiro,

⁵⁴² AMERICANO, op. cit., p. 3. Grifos no original.

⁵⁴³ MARTINS, op. cit., p. 26.

⁵⁴⁴ Opondo-se a esse raciocínio, CUNHA DE SÁ (op. cit., p. 472-476), PINHEIRO (op. cit., p. 112) e FERREIRA (op. cit., p. 30) asseveram que a construção de Josserand insere o ato abusivo entre os ilícitos como mera modalidade, concepção que, contudo, retira a autonomia dogmática do abuso do direito.

⁵⁴⁵ MARTINS, op. cit., p. 26.

⁵⁴⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 16.

⁵⁴⁷ Id. *ibid*, p. 16.

⁵⁴⁸ MARTINS, op. cit., p. 26.

Josserand parte da concepção de direito subjetivo proposta por Ihering, enquanto “interesse juridicamente protegido”, ao afirmar que todas as prerrogativas são sociais em sua origem e têm uma missão própria a cumprir com vistas a delinear o “espírito da instituição”. O fim social presente em cada direito coloca até mesmo aqueles de caráter mais “egoísta” a serviço da coletividade, e de tal modo que, no momento em que há o desvio desta função social, ou de seu espírito, ocorre abuso do direito. [...] Portanto, em sua teoria está presente a destinação social dos direitos subjetivos, colocando-o entre os partidários da concepção objetiva.⁵⁴⁹

A concepção adotada para o abuso do direito após o estudo sistemático da teoria por Josserand foi a de que este decorre de um direito que, “realizado em virtude de um direito subjetivo, cujos limites não foram ultrapassados, é todavia contrário ao direito considerado em seu conjunto, como complexo de regras sociais obrigatórias”⁵⁵⁰, ou seja, “com relativa freqüência encontram-se casos nos quais a intenção de prejudicar outrem está acompanhada de motivos, em si, lícitos”.⁵⁵¹ A justificativa apresentada para o seu raciocínio é que

numa sociedade “organizada”, os direitos subjectivos são essencialmente “direitos-função”. Portanto, o critério há-de partir daqui, há-de traduzir esta realidade, tem de ser também social, finalista. Assim, o acto abusivo é o acto contrário ao fim da instituição, ao seu espírito e finalidade.⁵⁵²

Quanto à natureza jurídica do abuso do direito, Josserand o coloca entre o ato ilegal, que independe da prova da culpa ou do dano, por ser reprovado em si mesmo, e o excessivo, considerado aquele que, sob o manto da legalidade, causa dano anormal, acarretando a responsabilidade de seu titular.⁵⁵³

No entanto, como o caráter finalista do ato para a sociedade demanda o conhecimento do elemento volitivo do agente, o abuso do direito aproxima-se da culpa, colocando-se em estreita relação com o ato ilícito. Com isso, o caráter objetivo do ato abusivo, em determinados casos – tal como ocorre com o desvio de finalidade do direito subjetivo –, perde-se em seu aspecto subjetivo e na sua relação com os princípios gerais de direito.⁵⁵⁴

Aproximando-se do raciocínio de Josserand, Campion assevera que o abuso do direito decorre de três fatores conjugados: “a intenção de prejudicar, a ausência

⁵⁴⁹ PINHEIRO, op. cit., p. 95.

⁵⁵⁰ MARTINS, op. cit., p. 26.

⁵⁵¹ LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 41.

⁵⁵² ABREU, op. cit., p. 17.

⁵⁵³ PINHEIRO, op. cit., p. 99.

⁵⁵⁴ MARTINS, op. cit., p. 139; PINHEIRO, op. cit., p. 99-101.

de interesse legítimo e o desvio de finalidade do direito”⁵⁵⁵, critérios que demandam análise fortemente subjetiva para a caracterização do abuso do direito.

Já Manuel de Andrade parte da concepção de consciência jurídica dominante para identificar os casos em que há abuso do direito, já que essa doutrina tem como fim último obstar “injustiças clamorosas”⁵⁵⁶ em “todas aquelas hipóteses em que a invocação e aplicação de um preceito de lei resultaria, ‘no caso concreto’, intoleravelmente ofensiva do nosso sentido ético-jurídico, embora lealmente se aceitando como boa e valiosa para o comum dos casos a sua estatuição”⁵⁵⁷. A problemática encontrada em tal teoria reside justamente na abstração desta, fato que acarreta a insegurança do sistema, por deixar ao exclusivo arbítrio do juiz a verificação, no caso concreto, e sem a existência de critérios mais seguros, da efetiva ocorrência do abuso do direito.

Castanheira Neves afasta-se de critérios formalistas para buscar uma definição e construção sistematizada da teoria do abuso do direito, defendendo que este assenta-se sobre critérios axiológico-normativos⁵⁵⁸, na tentativa de encontrar “a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado”⁵⁵⁹. Segundo o jurista, todos os direitos subjetivos possuem limites normativos internos, assentados na finalidade de cada um dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.⁵⁶⁰

De acordo com Jorge Manuel Coutinho de Abreu, a proposta de Castanheira Neves apresenta o seguinte fundamento:

Contendo assim todos os direitos um limite normativo, interno, não pode o abuso de direito – que significa a negação dessa baliza -, deixar de ser considerado também como limite “material e imanente” dos direitos, expressivo da intenção normativa conformadora do seu conteúdo. E assim, o comportamento abuso não é senão o exercício de um ‘direito aparente’: “trata-se de um comportamento que exhibe a forma, a aparência de um direito que na verdade não existe – que não pode ser validamente invocado no caso concreto ou nos termos concretos daquele comportamento”.⁵⁶¹

A partir da concepção de abuso do direito desenvolvida por Castanheira Neves, Cunha de Sá pondera que, apesar de revestir-se de critérios formalmente

⁵⁵⁵ LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 43.

⁵⁵⁶ ABREU, op. cit., p. 19.

⁵⁵⁷ Id. Ibid., p. 19.

⁵⁵⁸ PINHEIRO, op. cit., p. 108.

⁵⁵⁹ ABREU, op. cit., p. 22.

⁵⁶⁰ LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 45.

⁵⁶¹ ABREU, op. cit., p. 22-23. Grifos no original.

desejáveis, o ato passa a ser abusivo quando detectado o desvio do direito exercido e o próprio valor jurídico que o fundamenta.⁵⁶² Para o jurista, “Trata-se de revelar o ato abusivo no momento em que o titular coloca a estrutura de seu direito subjetivo a serviço de um valor diverso daquele que se constitui em seu fundamento axiológico, elemento este que lhe é interno”⁵⁶³. O que está em mira, no raciocínio de Cunha de Sá, é a axiologia normativa frente à materialidade do comportamento do agente⁵⁶⁴, não apenas no que se refere aos direitos subjetivos, como também às liberdades, às situações jurídicas subjetivas, funções e poderes.⁵⁶⁵

O que se verifica tanto no pensamento de Castanheira Neves, quanto no de Cunha de Sá, é o deslocamento da análise do ato abusivo como questão meramente jurídica, admitindo-se a interferência de outros valores, oriundos da moral, da justiça e da consciência jurídica como fatores que interferem na apreciação de um determinado ato em ser conforme o Direito ou contrário a este. Trata-se do fundamento axiológico dos direitos e sua relação com o meio onde será exercido pelo seu titular.

Por outro lado, Orlando de Carvalho considera que o abuso do direito se configura quando o direito subjetivo é exercido para atingir interesses diversos daqueles verdadeiramente almejados pelo ordenamento, a ponto de causar lesão ao interesse de outrem⁵⁶⁶. Para o jurista, os direitos devem cumprir a uma determinada função e servir a um fim legitimamente tutelado pelo ordenamento jurídico e, sempre que houver desvio dessa funcionalidade, estará presente a figura do abuso do direito.⁵⁶⁷ Quer dizer, “os direitos, ao conferirem poderes caracterizáveis de certo modo, com determinada estrutura, estão, logo por isso, marcados funcionalmente”⁵⁶⁸, de acordo com os interesses tutelados.

Para Orlando de Carvalho, o abuso do direito é verificado em três situações distintas: quando um direito é exercido pelo seu titular sem qualquer proveito para ele, mas causa lesão aos interesses de outrem; nos casos em que um direito é exercido com interesse pelo seu titular, mas com falta de sincronia com os fins e interesses alheios ou com espírito emulativo; diante da aparência de direito em

⁵⁶² PINHEIRO, op. cit., p. 108-109.

⁵⁶³ Id. *ibid.*, p. 108.

⁵⁶⁴ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 591.

⁵⁶⁵ Id. *ibid.*, p. 596 e ss.

⁵⁶⁶ LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 46.

⁵⁶⁷ ABREU, op. cit., p. 28.

⁵⁶⁸ Id. *ibid.*, p. 28.

abstrato, mas, diante da realização do ato, verificam-se as circunstâncias concretas, a inexistência ou insignificância do interesse exercido. Assim, e em apertada síntese, verifica-se o abuso do direito quando:

Se traduz na “utilização de um direito sem interesse – ou *lato sensu*, no exercício gratuito de um direito” há que, antes de mais, considerar como *juridicamente irrelevante* a pura e simples negação de interesses próprios, quando isso não tenha “reflexos sensíveis na esfera de interesse de outrem ou em ponderosos interesses da colectividade no seu todo”. Se, pelo contrário, há lesão de interesses de outrem, aquele exercício sem interesse já pode se sancionado como abuso de direito.

[...] embora advenha do exercício do direito uma vantagem para o exercente, se verifique dessincronia ou não correspondência entre o interesse abstracto que a vantagem representa e o interesse concreto que o titular do direito visa prosseguir.

[...] se conclua, pelo exame das referidas circunstâncias, que não existe concretamente interesse (ou é praticamente desprezível), resultando porém desse exercício um prejuízo (querido ou não) para outrem.⁵⁶⁹

Por fim, a par de todas as concepções construídas sobre o abuso do direito ao longo dos últimos dois séculos, Jorge Manuel Coutinho de Abreu sintetiza a concepção hodiernamente adotada para o abuso do direito – que pode se dar por ação ou por omissão no comportamento do agente – nos seguintes termos:

Os direitos subjectivos são instrumentos para as pessoas prosseguirem interesses, são meios de satisfação de necessidades pessoais – é a idéia nuclear de que se parte. É para isso que a sociedade juridicamente ordenada os confere ou reconhece – relevando nessa medida o “social”. Logo, se se invoca um direito para legitimar um comportamento inadequado àquela funcionalidade, essa invocação é espúria, pois tal comportamento não pode então traduzir as faculdades em que o direito se analisa. Isto é, não pode em rigor falar-se nesse caso de exercício de um direito [...]. Só quando o referido comportamento for susceptível de causar um prejuízo não insignificante a um terceiro se configurará o abuso de direito.⁵⁷⁰

O que se extrai da teoria do abuso do direito, tal como atualmente vem sendo concebida, é que a vedação ao exercício abusivo de um direito pelo seu titular alcançou *status* de princípio geral do direito, guiado pela moralidade que, obrigatoriamente, deve reger as relações sociais, na medida em que a teoria visa a “desarmar o titular dum direito, e, por conseguinte, tratar de maneira diferente direitos objetivamente iguais pronunciando uma espécie de decadência contra o que é exercido imoralmente.”⁵⁷¹

⁵⁶⁹ ABREU, op.cit., p. 30-32. Grifos no original.

⁵⁷⁰ Id. *ibid.*, p. 43-44.

⁵⁷¹ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002. p. 168.

Atualmente, portanto, e de acordo com a doutrina mais avançada sobre o abuso do direito, o mesmo decorre tanto de ato emulativo praticado pelo agente, quanto de conduta que não traga vantagem alguma para o agente e prejudique interesse legítimo de outrem, e, ainda, diante de hipóteses em que se verifica contrariedade aos valores preservados pela moral, usos, bons costumes e pela ordem jurídica. Revela-se diante do exercício inadmissível de posições jurídicas⁵⁷² pelo titular de um direito que vai além dos limites do normal, do legítimo, extrapolando não apenas os limites da razoabilidade, como também, o fundamento e os fins a que cada direito se destina.

O abuso do direito nada mais é, assim, do que o exercício de um direito outorgado pela ordem jurídica para além ou de modo diverso de seus fins, de maneira a extrapolar a barreira que impõe limites, reciprocamente, aos direitos de todos os semelhantes. Prevalece, portanto, a conjugação de elementos subjetivos, objetivos e teleológicos – com especial enfoque para os objetivos – para a caracterização do abuso do direito, ato humano praticado no exercício de um direito pelo seu titular, o qual se revela em desconformidade com o ordenamento jurídico, com a regra moral e com os fins sociais que guiam a vida em sociedade.

3.2 AUTONOMIA DOGMÁTICA DO ABUSO DO DIREITO

3.2.1 Abuso do direito, hoje

Atualmente, a teoria do abuso do direito, da maneira como vem sendo concebida, carrega consigo forte carga axiológica, pois permite, diante da incapacidade do positivismo jurídico puro, corresponder às necessidades da convivência em sociedade e do desenvolvimento dos povos⁵⁷³, que acarretou o distanciamento entre a Ciência e o seu objeto, um novo olhar sobre o velho⁵⁷⁴,

⁵⁷² MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 861 e ss.

⁵⁷³ Não apenas o econômico, mas também o cultural, o tecnológico, o social, o jurídico.

⁵⁷⁴ A expressão é assim empregada pelo fato de que atos abusivos sempre foram uma constante nos povos. Assim, o surgimento e a sistematização da teoria nada mais representa do que a revisitação de velhos conceitos, com nova concepção de certo e errado, com base em critérios de justiça mais flexíveis, permeados pelos valores oriundos não apenas da própria Ciência do Direito – pois cada norma jurídica tem seu valor – como também aqueles oriundos das demais ciências sociais e que influenciam o modo de se conceber e aplicar o Direito. Com isso, seria incorreto afirmar que o abuso do direito criou uma nova forma de olhar o novo, pois o ato abusivo, objetivamente analisado, de novo nada apresenta, a não ser o tratamento jurídico.

permeado por valores contidos tanto na própria norma jurídica, quanto nas influências que outras Ciências passaram a exercer sobre o Direito.

A aquisição da autonomia dogmática da teoria ocorreu tanto em razão da aplicação jurisprudencial dada a ela, especialmente nos tribunais franceses⁵⁷⁵ e alemães, quanto em decorrência das construções doutrinárias sobre o tema e sua positivação em diversos estatutos jurídicos^{576,577}. Essa conjugação de elementos

⁵⁷⁵ Dois processos são referenciados pela doutrina como precursores da aplicação da teoria do abuso do direito em França: o primeiro, relativo à construção de uma falsa e alta chaminé, com o intuito de fazer sombra e prejudicar o vizinho, hipótese em que houve relativização do direito absoluto de propriedade, em prol da satisfação de interesses sérios e legítimos de outrem; o segundo, em que o vizinho de um hangar de dirigíveis construiu altas armaduras de madeira, com hastes de ferro, sem utilidade alguma para o proprietário, que destruíram um dos aparelhos. O proprietário do dirigível demandou contra seu confinante, que foi condenado a indenizar os danos experimentados, com base na teoria do abuso do direito. (Nesse sentido, CARVALHO NETO, op. cit., p. 36-37).

⁵⁷⁶ As primeiras previsões legais do abuso do direito, como proibição ao exercício do direito para além dos seus limites, datam do Código Civil da Prússia, de 1794 (os §§ 36 e 37 previam o seguinte: “o que exerce o seu direito, dentro dos limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente das circunstâncias que entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano”), e das Máximas Gerais do Direito Francês (que dispunham, em seu artigo 420, que “Não é permitido a qualquer pessoa fazer em sua propriedade o que não lhe der serventia e prejudicar a outros” (NADER, op. cit., p. 345), que antecederam o Código de Napoleão, de 1804, tendo o Direito retrocedido quanto ao tema, por não ter agasalhado a teoria em seu corpo.

Não obstante a inexistência de regra jurídica positivada sobre o abuso do direito, a jurisprudência francesa, ao julgar litígios envolvendo direito de vizinhança, reconheceu a necessidade de reprimir e punir o ato praticado de forma anti-social (CARVALHO NETO, op. cit., p. 37), sempre levando em consideração a existência do elemento volitivo para reprimir o ato abusivo. A evolução da teoria do abuso do direito em França, Bélgica e Itália, embora fortemente marcada pela influência jurisprudencial, não encontra previsão legal expressa sobre o assunto. A aplicação da teoria, em todos esses países, decorre da interpretação extensiva e sistemático-teleológica dos juristas. (MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2004. p. 239-242).

Já na Espanha, o abuso do direito encontrou previsão normativa expressa no artigo 7º do Título Preliminar do Código Civil Espanhol, segundo o qual “os direitos devem ser exercidos conforme as exigências da boa-fé, não se amparando, conforme art. 72, o abuso do direito ou o exercício anti-social do mesmo”, possuindo aplicação ampla em todo o ordenamento jurídico daquele país. (Id. *ibid.*, p. 243). No Direito Suíço, o Código Civil de 1907 reprime o abuso do direito em seu artigo 2º, sendo que o princípio da boa-fé emerge como pilar para a construção e aplicação ampla da teoria (CARVALHO NETO, op. cit., p. 46-47). Na Alemanha, o BGB versa sobre o abuso do direito em seu § 226, segundo o qual “o exercício de um direito não é admissível quando só tem por fim causar dano a outrem” e no § 826, que dispõe que “todo aquele que, de um modo contrário aos bons costumes, causa intencionalmente danos a outrem, fica obrigado perante este a indenizá-lo do prejuízo causado”, também existindo influência significativa do princípio da boa-fé para a configuração do ato abusivo (MEIRELES, op. cit., p. 245-246). Por sua vez, na Argentina, o abuso do direito consta do artigo 1.071, segundo o qual “a lei não ampara o exercício abusivo dos direitos. Considerar-se-á tal o que contrarie os fins que a lei teve em mira ao reconhecê-los ou o que exceda os limites impostos pela boa-fé, a moral e os bons costumes” (CARVALHO NETO, op. cit., p. 42).

Diversamente, contudo, na Inglaterra, não existe previsão legal expressa para a repressão ao abuso do direito (mesmo porque, trata-se de país da *common law*), mas os julgamentos de seus tribunais assentam-se em noções de boa-fé, equidade e bons costumes. Conseqüentemente, identificam-se três noções para o abuso do direito no direito inglês: o insulto, no uso de animais para o trabalho e o abuso no exercício da demanda (MEIRELES, op. cit., p. 250). Na Itália, conforme pontua Giovanni Ettore Nanni, o abuso do direito, além de não ter previsão legal específica, é tema doutrinário controverso e não vem encontrando grande aplicação jurisprudencial, fato que a empobrece de relevância teórica e prática naquele país (NANNI, op. cit., p. 742).

que deu origem à teoria é fruto do contexto jurídico e social vivenciado nos séculos XIX e XX, como reação ao declínio do espírito individualista e aparecimento do viés social e moralista que impregnaram o Direito.⁵⁷⁸

Concebeu-se, a par de todas as teorias desenvolvidas para explicar e justificar cientificamente o abuso, que este se exprimiria no exercício inadmissível de posições jurídicas⁵⁷⁹, traduzido na disfunção do uso dos direitos subjetivos, potestativos, direitos-função, faculdades e liberdades^{580,581,582} referindo-se a qualquer direito que venha a ser utilizado pelo seu titular em afronta à estrutura formal ou axiológico-normativa do sistema jurídico.

⁵⁷⁷ A síntese de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro bem sintetiza o fundamento e os obstáculos a serem enfrentados para que se possa conceber o abuso do direito enquanto categoria jurídica autônoma: “Recorde-se que o abuso do direito nasceu de um jussubjectivismo linear, integrado nos pressupostos da segunda sistemática; recorde-se, ainda, que, incapaz de se emancipar da metodologia central pressuposta por esta, o abuso decaiu, de modo irremediável, no espaço jurídico que lhe deu origem. Tudo isto resulta da jurisprudência, que é o próprio fenómeno do abuso do direito. Recorde-se, mais, que o abuso do direito desenvolveu-se em termos estruturais diferentes no espaço da terceira sistemática e da segunda codificação, assente numa Ciência Jurídica fruto de uma síntese fecunda operada entre diversificação tal que, do abuso, nada mais restou do que uma fórmula com vago potencial sistemático, que não dogmático. Não se vê como demonstrar estas afirmações – ou infirmá-las – sem o recurso à jurisprudência real e às leituras que, nela, têm a sua base. Recorde-se, por fim, que o abuso, tal como a boa fé, mais do que um instituto comum, é a manifestação directa de uma Ciência do Direito, entendida como forma autoconsciente, gerada pela História, de resolver casos concretos, e não como campo de especulação sobre concepções centrais. À sua efectivação subjaz, por isso, um problema real de cultura jurídica: perante certos problemas, quais são as representações accionadas? Não há resposta sem partir dos problemas e das representações em causa.” (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 870-871).

⁵⁷⁸ BOULOS, op. cit., p. 35.

⁵⁷⁹ MENEZES CORDEIRO, op.cit., p. 861 e ss., com especial enfoque para as p. 879-885. O jurista pontua que “o tratamento típico dos exercicios ditos abusivos mostrou que o fenómeno pode ocorrer em situações irreduzíveis a direitos subjectivos num sentido estrito: poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades colocam-se, em certas circunstâncias, perante o sistema, numa sequência tal que a sua actuação, contrariando a boa fé torna-se, na linguagem do Código Civil [português] ‘ilegítima’.” (Id. ibid., p. 898).

⁵⁸⁰ ABREU, op. cit., p. 67.

⁵⁸¹ Na verdade, a construção das diversas teorias, visando a justificar a existência de direitos subjetivos e sua colocação como eixo central do Direito, ao redor do qual circundam as diversas situações do cotidiano, deita raízes na idéia de direito natural, o qual traz consigo a concepção suprema de conservação do indivíduo por meio do exercício dos direitos de liberdade e de propriedade, com especial enfoque para a primeira, já que esta seria a base sobre a qual seriam edificados todos os demais direitos. Conseqüentemente, diante da necessidade da conjugação e compatibilização de interesses individuais e comuns, surgiria a idéia de abuso do direito, como instrumento limitador do exercício de uma liberdade de atuação primitivamente outorgada ao sujeito, mas que foi utilizada de maneira disfuncional. (CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 594-597).

⁵⁸² Paul Roubier trata das prerrogativas jurídicas – assim considerados os direitos potestativos, a liberdade, as faculdades e funções – como situações jurídicas subjetivas. Para o jurista francês, estariam fora dos direitos subjetivos os inatos [direitos da personalidade], pois são irrenunciáveis e intransmissíveis, ligados à própria característica de ser humano; os direitos individuais em face da coletividade se revelam em direitos de liberdade e aos poderes, os quais se referem a possibilidades de iniciativa e escolha, não admitindo atuação maliciosa. (ROUBIER apud CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 599-611).

Para a teoria do abuso do direito, todos esses direitos reconhecidos aos indivíduos devem ser exercidos tendo em vista sua funcionalidade e os valores genéricos que fundam o ordenamento jurídico. Com isso, sempre que for detectada uma disfunção jurídica⁵⁸³ caracterizada pelo desvio de comportamento frente uma previsão normativa que, originariamente, tutelava o exercício de um determinado direito, o regramento jurídico como um todo, formado pelo conjunto de normas e princípios voltados a um determinado fim ou função – que sempre tem como pano de fundo a regulação das ações jurídicas relevantes para o Direito – inquirará tal ato como sendo abusivo. Trata-se do estabelecimento de um critério funcional, apto a avaliar se um ato é conforme ou contrário ao espírito do sistema normativo, levando em conta a conduta⁵⁸⁴ praticada pelo indivíduo.⁵⁸⁵

Leonardo Wandelli relaciona o abuso do direito a um sistema coordenado de regras e princípios, em que cada direito reconhecido ao indivíduo deve se sujeitar a princípios metodologicamente aplicados. Trata-se da aplicação de racionalidades distintas a um único caso concreto: no primeiro caso, é detectada mais facilmente uma sujeição ao formalismo jurídico; no segundo, são levados em consideração valores imanentes, relativos aos fundamentos que devem guiar o ato concreto. Baseando-se na tensão existente entre as racionalidades regra e princípio, é possível identificar o fundamento axiológico de cada direito⁵⁸⁶ e, somente nos casos em que houver sincronia entre regras e princípios haverá exercício admissível de posição jurídica. Conseqüentemente, o abuso do direito surge diante do dissenso resultante da conjugação da racionalidade principiológica com a racionalidade formalista.

Extrai-se, assim, da evolução doutrinária do conceito do abuso do direito e da concepção atualmente conferida ao instituto, que o reconhecimento da natureza teleológica da norma jurídica, ao mesmo tempo em que concebeu-se que os direitos

⁵⁸³ Não se trata de disfunção moral ou social, pois, caso o abuso do direito fosse assim concebido, cairia em um subjetivismo e em uma falta de critérios objetivos inaceitável para a cientificidade e a autonomia dogmática atualmente aplicada para a teoria.

⁵⁸⁴ A expressão “conduta” é utilizada, ao invés de “ação”, porque o abuso do direito também pode ser verificado diante de omissões, assim como ocorre tanto no que se refere a lesões quanto a ameaças a direitos. Exemplo claro de abuso do direito por omissão é o titular da propriedade deixar de atribuir a função social destinada pela lei, fato que contraria sua finalidade econômica e social, ou mesmo os bons costumes e a boa-fé objetiva. Assim, a utilização da propriedade com finalidades egoísticas – ou seja, em disfunção com seu caráter social – é passível de ser caracterizada como exercício inadmissível de posição jurídica. A esse respeito, CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 217-229.

⁵⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 879-882.

⁵⁸⁶ WANDELLI, op. cit., p. 287-288.

não são concebidos como um fim em si mesmos, para exclusiva satisfação dos interesses egoísticos, é que estabelece o limite entre o exercício admissível ou inadmissível de uma determinada posição jurídica. Assim é que “Em sociedade, porém, a liberdade do agente no exercício de seu direito cessa quando encontra outro direito com o qual se choca”.⁵⁸⁷

Se, em um primeiro momento, o abuso do direito exigia o elemento subjetivo – dolo do agente – para sua caracterização, com a evolução da teoria, esta passou a ser guiada por critérios objetivos, que levam em consideração a boa-fé, os usos e costumes juridicamente aceitos, a tutela da confiança e de situações materiais subjacentes para a verificação da existência, ou não, do exercício inadmissível de posições jurídicas. A justificativa para a objetivação da teoria decorre do fato de que “toda a situação jurídica é fundamentada por um valor, que vivifica a forma nos mesmos termos em que é o espírito que anima a matéria”⁵⁸⁸. Por esse motivo, pode-se afirmar que:

O direito destina-se a alcançar o bem geral, e, ao mesmo tempo, a proteger os interesses individuais. Não é, portanto, um fim, mas um meio para realizá-lo, e se o seu exercício tende a divorciar-se desse fim, a contrariar o bem geral e o interesse de outrem, sem utilidade para o agente, condenável por contrário à sua própria finalidade. Faltando esta ao passo que o exercício do direito se resolve no dano de outrem, deve faltar-lhe a protecção da lei.⁵⁸⁹

Como se vê, a atual concepção de abuso do direito leva em consideração os limites axiológico-materiais de todo e qualquer direito reconhecido pela ordem jurídica, sendo imperioso ao intérprete da lei saber identificar a estrutura formal de cada direito subjetivo [em sentido *lato*] reconhecido pelo ordenamento jurídico, e seu caráter axiológico-normativo, para que, diante de evidente contrariedade entre a intenção normativa e a forma de utilização desse direito⁵⁹⁰, haja a refutação do seu exercício, o afastamento episódico de seus efeitos no caso concreto ou a indenização respectiva, conforme as peculiaridades de cada situação. Forma, conteúdo e finalidade, portanto, devem estar em sintonia para que o ato seja considerado conforme o Direito.

⁵⁸⁷ AMERICANO, op. cit., p. 41.

⁵⁸⁸ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 619.

⁵⁸⁹ AMERICANO, op. cit., p. 43-44.

⁵⁹⁰ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 616-617.

3.2.2 Distinção entre o abuso do direito e institutos afins

Para a consagração da teoria do abuso do direito como categoria dotada de autonomia dogmática, imprescindível distingui-la de outras figuras jurídicas que possam induzir o estudioso em erro, dada a semelhança de tratamento ou de conseqüências existentes entre si. Assim é que mostra-se oportuno distinguir o abuso do direito do ato ilícito, do dano e da responsabilidade civil, da colisão de direitos, da fraude à lei, do desvio de poder.

3.2.2.1 Abuso do direito, ato ilícito, dano, culpa e responsabilidade civil

Somente foi possível conceber a autonomia dogmática do abuso do direito com a constatação de que este diverge da figura do ilícito civil.

É assente na doutrina atual que, no ilícito civil, “transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo ao direito”⁵⁹¹, referindo-se de um fato que “excede os limites lógico-formais do direito”⁵⁹². Trata-se da violação a uma norma protetiva a interesse privado ou intersubjetivo, hábil a causar lesão a interesses alheios. O que importa no ilícito civil é a existência de uma norma que veda o exercício de um determinado direito e sua violação por um indivíduo; revela-se na afronta a uma determinada previsão normativa, traduzindo-se em uma atuação “sem direito”⁵⁹³. Para Fernando Cunha de Sá,

ilícito é, assim, o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de acção ou omissão, como reflexo de juízo de valor contido na norma e, por aí, o oposto do comportamento normativamente qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situação concreta. Trata-se de um juízo objectivo de reprovação do facto, pela concreta imposição que do valor ínsito na norma decorre logicamente para o agente, e que é o resultado da contradição entre o próprio facto e a norma na sua função valorativa, contradição essa apreciada formalmente.⁵⁹⁴

Já no abuso do direito, existe uma aparente conduta em conformidade com o Direito. Trata-se de ato praticado em consonância com os limites objetivo-formais da norma. A infringência ocorre em face do ordenamento jurídico, tendo em vista os

⁵⁹¹ LIMA, op. cit., p. 219.

⁵⁹² PINHEIRO, op. cit., p. 119.

⁵⁹³ BOULOS, op. cit., p. 102.

⁵⁹⁴ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 499.

limites axiológico-materiais de cada norma jurídica. Isso significa, além de um padrão ético de conduta que rege o ordenamento jurídico e as relações sociais como um todo – encontrados nas regras gerais da boa-fé e bons costumes –, cada preceito normativo traz em seu bojo limites materiais para que seu exercício seja considerado conforme o Direito – a destinação de cada direito ou o modo como é exercido. Daí afirmar-se com Cunha de Sá que o abuso do direito “*não é verdadeiramente acto de exercício desse mesmo direito* porque embora presente na conduta do sujeito aquela específica estrutura qualificativa de tal direito subjectivo lhe falta o respectivo fundamento axiológico-normativo”⁵⁹⁵. A aferição do ato abusivo se dá de acordo com juízos de valor⁵⁹⁶ e conteúdo da norma jurídica.

Assim é que, enquanto no ato ilícito age-se sem direito, no abusivo ocorre o exercício inadmissível de uma determinada posição jurídica primitivamente tutelada pelo ordenamento jurídico mas que, diante do desvio do padrão de conduta originariamente tutelado pelo Direito, gera uma forma de ilicitude no meio jurídico.

Ilícito civil propriamente dito e abuso do direito, portanto, dizem respeito a atos antijurídicos, mas cada um tem sua autonomia dogmática, pois apresentam forma e conteúdo distintos, embora ambos digam respeito à violação de um dever jurídico.⁵⁹⁷ Para além disso, enquanto o ilícito civil é subjetivamente analisado, de acordo com o disposto no artigo 186 do Código Civil, o abuso do direito versa sobre ilicitude objetiva, “pouco importando o estado de espírito ou a crença de que estava imbuída a pessoa que assim agiu”⁵⁹⁸, conforme se extrai do texto do artigo 187 da lei substantiva.

Outra característica que marca a autonomia dogmática do abuso do direito é o fato de que a teoria desprende-se dos postulados da responsabilidade civil que a acompanhou durante parte de seu desenvolvimento teórico.⁵⁹⁹ Ao se conceber que a obrigação de indenizar é uma das conseqüências possíveis da existência de um ato

⁵⁹⁵ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 551. Grifos no original.

⁵⁹⁶ Embora permeado pelas demais ciências sociais, a valoração referida trata-se da análise jurídica do ato praticado.

⁵⁹⁷ BOULOS, op. cit., p. 106-107. Para Keila Pacheco Ferreira, a antijuridicidade da conduta abusiva evidencia seu caráter objetivo, bastando, para sua caracterização, “o comportamento do agente contrário aos valores impostos pela ordem jurídica, dispensando-se a indagação de elementos subjetivos”, tal como ocorre nos casos de ato ilícito previstos no artigo 186 do Código Civil. (FERREIRA, op. cit., p. 143).

⁵⁹⁸ BOULOS, op. cit., p. 108. O jurista complementa, mais à frente que: “Se o legislador tivesse em mira a subjetividade daquele que, no exercício de um direito, excede os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, teria incluído, na norma do artigo 187, os elementos subjetivos presentes na norma do artigo 186.” (Id. *ibid.*, p. 141).

⁵⁹⁹ LIMA, op. cit., p. 228.

abusivo, mas não sua decorrência lógica, admitiu-se que o abuso do direito, assim como o ato ilícito, existem de maneira independente, e não como requisitos para a existência de um dano ou do surgimento da obrigação de indenizar.⁶⁰⁰

Embora seja certo que não há indenização sem dano, não se pode considerar que o ato precisa causar um dano certo e determinado à esfera jurídica de outrem para que seja considerado abusivo. Explica-se: a não incidência das regras da responsabilidade civil não significa que o ato possa ser acobertado pelo Direito. De acordo com a atual sistemática civil-constitucional, ao praticar o ato com abuso do direito, o indivíduo não infringe apenas a esfera jurídica de outrem, mas a própria convivência dos direitos em si, incorrendo em quebra da harmonia, da boa-fé, da probidade e dos padrões ético-funcionais que devem reger os atos jurídicos.⁶⁰¹ Além disso, importa esclarecer que a repressão ao abuso do direito não ocorre exclusivamente com a aplicação das regras da responsabilidade civil. Como bem assevera Keila Pacheco Ferreira, “a ocorrência de um dano ‘pode ser’ uma das conseqüências do abuso do direito, mas não o seu elemento essencial”.⁶⁰²

Daí que a repressão do ato abusivo se justifique por si só, em nome da harmonia e da coexistência em sociedade, e não porque este seja requisito para a incidência das regras da responsabilidade civil.

Com isso, embora ato ilícito, dano, nexo de causalidade e culpa sejam pressupostos cotidianamente utilizados como fundamento para a responsabilidade civil, não se caracterizam como elementos necessários para sua ocorrência. Cada um desses elementos – com exceção ao nexo de causalidade, que é o liame existente entre a ilicitude e o dano – tem existência e autonomia próprias.

O ilícito, como comportamento antijurídico, é passível de sanção, desde que acarrete lesão a direito juridicamente protegido de outrem. Mas não adquire contornos de licitude tão somente pelo fato de não ter infringido direito alheio; o que ocorre é que o ilícito que não interfere no direito de outrem, assume contornos de indiferença frente o ordenamento jurídico.⁶⁰³

O dano, compreendido como “característica *lesão* a um interesse juridicamente protegido, sendo ‘injusto’ na medida em que for objetivamente contra o

⁶⁰⁰ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 497-501. No mesmo sentido, PINHEIRO, op. cit., p. 110-123; FERREIRA, op. cit., p. 146.

⁶⁰¹ REIS, op. cit., p. 208-215.

⁶⁰² FERREIRA, op. cit., p. 146. Grifos no original. O tema será objeto de maior aprofundamento em item especialmente dedicado às sanções ao abuso do direito.

⁶⁰³ O ato pode ser moralmente ou socialmente apto de sofrer repressão, mas não o será pelo Direito.

direito por violar um interesse juridicamente protegido”⁶⁰⁴, somente dará ensejo à incidência das regras da responsabilidade civil nas hipóteses em que causar prejuízo indevido a direito alheio. Não basta sua existência para que esteja presente a obrigação de indenizar.^{605,606}

A culpa, por sua vez, refere-se ao agente que adota uma determinada conduta, e não ao ato em si praticado⁶⁰⁷. Tal característica evidencia a mudança de enfoque existente entre ilicitude, dano e culpa: os dois primeiros referem-se ao ato praticado e seus efeitos, o último diz respeito à qualidade do agente que praticou o ato. Mesmo assim, na atual sistemática jurídica, o abandono da culpa como elemento essencial para a existência da responsabilidade civil vem aumentando gradativamente, a partir da adoção do sistema da responsabilidade objetiva e da culpa normativa. No primeiro caso, dispensa-se o elemento subjetivo para a aferição da culpabilidade ou não do agente; no segundo, abandona-se a tarefa investigativa outrora atribuída ao juiz, de aferir a intenção do agente e adota-se o critério do padrão de conduta exigível para cada caso concreto, objetivamente analisado.⁶⁰⁸

Logo, conquanto cada um dos elementos supra transcritos, juntos, dêem ensejo à responsabilidade civil, aqueles e esta são figuras diversas. Conseqüentemente,

fica-nos a percepção fundamental de que o abuso transcende um mero problema de responsabilidade civil, que é como quem diz, o nascimento da

⁶⁰⁴ BOULOS, op. cit., p. 101. Grifos no original.

⁶⁰⁵ Em regra, todo ato jurídico praticado por um indivíduo é passível de acarretar danos a outrem, tal como ocorre com o direito de extinguir regularmente um negócio jurídico, nas regras do direito da concorrência, no simples ato de escolher de qual fornecedor comprar um produto. Não obstante, o que o ordenamento jurídico reprime é a criação de danos injustos, aqueles que afrontam o Direito porque praticados em contrariedade e desproporcionalidade com o direito juridicamente protegido de outrem. O dano, portanto, é uma constante nas relações jurídicas e sociais, mas somente importará ao Direito quando extrapolados os limites da razoabilidade e da convivência harmônica na sociedade. Por esse motivo, a extinção de contrato, o direito da concorrência e a escolha do fornecedor de um produto, desde que revelem-se contrários ao Direito e causem gravame indevido e desproporcional à contraparte, poderá causar dano juridicamente relevante para a ordem jurídica. No entanto, somente diante de cada caso concreto é possível identificar a existência, ou não, de manifesto excesso no exercício de um direito pelo seu titular.

⁶⁰⁶ Para Daniel M. Boulos, “existe, em determinadas situações, um ‘direito ao dano’, ou seja, existem hipóteses nas quais a despeito de se verificar um dano na esfera jurídica moral ou patrimonial de determinado sujeito, não surge, no mundo jurídico, par ao autor do dano, o dever de indenizar, ainda que exista o nexo de causalidade e mesmo que o dano esteja comprovado e quantificado”. (op. cit., p. 104). Trata-se das hipóteses de dano justo, decorrente do exercício regular de um direito pelo seu titular.

⁶⁰⁷ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 507.

⁶⁰⁸ Para Alvíno Lima, a decorrência do desenvolvimento da teoria do abuso do direito para além da responsabilidade civil está o fato de que “a noção do abuso do direito não se confunde na noção de culpa, mas veio ‘alargar o seu conceito’” (op. cit., p. 229. Grifos no original).

obrigação de indenizar pelo próprio exercício de um direito subjectivo – e daí a sua crítica à fundamentação do abuso de direito como uma manifestação de responsabilidade sem culpa ou pelo risco.⁶⁰⁹

Dito isso, ao se conceber que a responsabilidade civil nasce da violação a um dever de conduta – e não a um dever de a ninguém lesar, já que existem hipóteses em que o dano gerado a outrem é justo, tutelado pelo Direito – tem-se que ilícito civil e abuso do direito, dano e culpa são elementos autônomos, que podem, juntos, dar ensejo à obrigação de reparar o dano, mas não apresentam sua existência e imperatividade jurídica limitada pelos ditames daquela.

3.2.2.2 Abuso do direito e colisão de direitos

Abuso do direito e colisão de direitos são institutos jurídicos diferentes, embora possa haver abuso diante de uma colisão de direitos.

Explica-se: com base no reconhecimento da relatividade dos direitos concedidos pela ordem jurídica a cada um, seja em relação aos direitos de outrem, seja no concernente aos fins éticos e sociais do próprio ordenamento jurídico, tendo em vista a coletividade os escopos que o Direito visa a tutelar, passou-se a conceber a coexistência de direitos dos indivíduos. Decorrência desse fato é que, ao mesmo tempo, diferentes pessoas podem ter direitos sobre o mesmo objeto ou em um mesmo contexto.

A colisão de direitos pressupõe, assim, a existência de direitos reconhecidos pela ordem jurídica, ao mesmo tempo, em uma determinada situação jurídica, não sendo necessário que tais direitos sejam iguais ou da mesma espécie. O exercício do direito, dentro dos limites da normalidade, por um de seus titulares e a conseqüente supressão ou prejuízo a direito alheio não acarretará abuso do direito, mas, somente, desvantagem – ou dano justo – a outrem.⁶¹⁰ Diz-se dentro dos limites da normalidade, porque os direitos guardam entre si relações de prevalência, coordenação ou conciliação⁶¹¹, que devem ser observadas pelos seus titulares no momento de seu exercício.

⁶⁰⁹ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 513-514.

⁶¹⁰ MEIRELES, op. cit., p. 30.

⁶¹¹ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 523. Para o jurista português, na prevalência, deve ser levado em consideração “o sacrifício de um dos direitos em colisão relativamente àquele que, por desigual ou de espécie diferente, lhe é considerado inferior” (Id. ibid., p. 523). De igual forma, na conciliação, considera-se possível a existência de diferentes direitos, desde que cada um seja exercido dentro de

Considerando que no abuso somente há aparência formal de um direito, pois seu exercício afronta o fundamento axiológico-material da norma⁶¹², este não se confunde com a colisão de direitos, em que efetivamente – ou seja, tanto no sentido lógico-formal, quanto no axiológico material – existem direitos passíveis de tutela. O que efetivamente se verifica é a inexistência de conteúdo material para o direito exercido, no caso de abuso⁶¹³, e a supremacia ou necessidade de coexistência de direitos legitimamente reconhecidos pelo ordenamento no caso de colisão.

Não obstante, a inversão da lógica da prevalência e da coexistência de direitos pode dar ensejo ao aparecimento da figura do abuso do direito⁶¹⁴. Nesse caso, contudo, não é a colisão de direitos que acarreta o abuso, mas o desvio no seu exercício, pelo seu titular, que o caracteriza.

3.2.2.3 Abuso do direito e fraude à lei

A fraude à lei distingue-se do abuso do direito porque, nela, o indivíduo visa a burlar a lei por meio da utilização de uma outra norma jurídica, fazendo crer nos outros existir direito onde, em verdade, não há, pois pauta-se em uma simulação⁶¹⁵. Trata-se de ato ilícito em sentido estrito (ou ilícito comum), porque realiza um objetivo por caminho diverso, sob a aparente licitude, pautada em uma terceira norma jurídica, verdadeira contrariedade a um dever de conduta imposto pelo ordenamento.

O comportamento do autor da fraude é, pois, na realidade, o contrário da específica proibição de certa norma imperativa, é a infracção à concreta obrigação que ela lhe impõe, seja de praticar ou não praticar certo acto, seja de somente o praticar dentro de um determinado circunstancialismo, nomeadamente de forma.⁶¹⁶

A diferença entre ambos os institutos decorre do fato de que, no abuso do direito, há aparente exercício de um direito reconhecido em uma determinada norma

seus limites legais e com observância – e respeito – aos direitos de outrem. Trata-se da adoção de juízos de ponderação e proporcionalidade para que se possa estabelecer o alcance de cada um dos direitos reconhecidos pelo ordenamento (CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 524-527).

⁶¹² Id. *ibid.*, p. 528.

⁶¹³ Afinal, como bem pontua Heloísa Carpena, “se há carência de direito, não se cogita de colisão, visto que um dos sujeitos atuaria sem direito ou além de seu direito” (op. cit., p. 61).

⁶¹⁴ MEIRELES, op. cit., p. 31.

⁶¹⁵ LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 107.

⁶¹⁶ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 534.

jurídica. O que se infringe é o fundamento axiológico-material dessa mesma norma. Já na fraude, há ilicitude formal, contrariedade com o preceito normativo em si, fazendo com que uma obrigação legal deixe de ser cumprida⁶¹⁷, já que nesta o indivíduo “procura subtrair-se à aplicação de certo preceito imperativo, mas ao mesmo tempo realizar o interesse que por ele é proibido prosseguir, por meio do recurso inusitado a outros tipos legais”.⁶¹⁸

O ponto convergente entre um e outro reside no fato de que, tanto no abuso, quanto na fraude, há aparência externa de conformidade do ato com o Direito.⁶¹⁹ Não obstante, como a fraude contraria imperativo legal mediante a utilização de via oblíqua pelo agente⁶²⁰ e o abuso, os valores da norma, um e outro têm fundamento e modo de realização diferentes⁶²¹, não sendo passíveis de equiparação ou confusão.

3.2.2.4 Abuso do direito e desvio de poder

O desvio de poder liga-se à idéia de utilização de um direito para satisfação de um interesse alheio ao reconhecido pelo ordenamento jurídico, mediante a prática de ato administrativo baseado em poderes discricionários.⁶²² Assim como ocorre nos casos de fraude à lei, o ato realizado com desvio de poder apresenta conotação de ilicitude lógico-formal ou sem sentido estrito, eis que traduz-se em prática de ato em contrariedade com o que a lei autoriza o administrador ou órgão administrativo a agir, disforme com a finalidade legal para a qual os poderes discricionários foram-lhe outorgados.⁶²³ Logo, com o abuso do direito também não se confunde.

3.3 ABUSO DO DIREITO NO BRASIL

⁶¹⁷ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 533-536.

⁶¹⁸ Id. *ibid.*, p. 532.

⁶¹⁹ CARPENA, op. cit., p. 61.

⁶²⁰ MEIRELES, op. cit., p. 29.

⁶²¹ Pedro Baptista Martins entende que fraude e abuso do direito são institutos distintos pelos efeitos gerados pelo ato, por considerar que os casos de fraude são reprimidos mediante a anulação do ato, enquanto que os de abuso do direito, em geral, por reparação monetária (op. cit., p. 120). Referido entendimento, contudo, não se coaduna com o entendimento de hodiernamente vem sendo adotado, material e processualmente, quanto às sanções ao ato abusivo, conforme adiante se exporá.

⁶²² ABREU, op. cit., p. 79-80.

⁶²³ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 541-542.

3.3.1 Evolução do abuso do direito

O tratamento até aqui delineado referiu-se ao surgimento e desenvolvimento da teoria do abuso do direito no direito comparado, com especial enfoque em França e em Portugal, regras essas que se aplicam à teoria como um todo, como construção jurídica aceita nos países ocidentais, dada a similitude de tratamento existente em todos eles.

Diversamente dos países europeus, onde houve adoção da teoria do abuso do direito perante os tribunais e posterior positivação desta, no Brasil, o fato ocorreu de maneira inversa: primeiramente, surgiram as previsões legais e os estudos doutrinários para que, somente mais tarde, a jurisprudência passasse a abarcar essa forma de ilicitude.⁶²⁴

Apesar de a teoria prescindir de previsão legislativa específica para ser aplicada, mas em razão do apego excessivo do jurista brasileiro ao texto da lei, é possível identificar, já no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, uma importante válvula de escape contra os atos abusivos. De fato, ao prever que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, o texto legal conferia ao magistrado a prerrogativa de coibir a prática de condutas em conformidade com o texto da lei, mas em afronta aos “fins sociais” e às “exigências do bem comum”, dois dos alicerces sobre os quais a teoria do abuso do direito se assenta.

Também sob a égide do Código Civil de 1916, alguns traços da teoria podem ser identificados nos artigos 160 – inciso I⁶²⁵, 526⁶²⁶, 584⁶²⁷, 585⁶²⁸, 587⁶²⁹,

⁶²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo código civil: questões controvertidas: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2006, (Série grandes temas de direito privado – v. 6). p. 506.

⁶²⁵ Art. 160 [...]

I – não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido.

⁶²⁶ Art. 526 A propriedade do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário, opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade que não tenha ele interesse algum em impedi-los.

⁶²⁷ Art. 584 São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar para o uso ordinário, a água de poço ou fonte alheia, a elas preexistente.

⁶²⁸ Art. 585 Não é permitido fazer escavações que tirem do poço ou da fonte de outrem a água necessária. É, porém, permitido fazê-las se apenas diminuïrem o suprimento do poço ou da fonte do vizinho, e não forem mais profundas que as deste em relação ao nível do lençol d'água.

⁶²⁹ Art. 587 Todo o proprietário é obrigado a consentir que entre no seu prédio, e dele temporariamente use, mediante prévio aviso, o vizinho, quando seja indispensável à reparação da limpeza, construção e reconstrução de sua casa. Mas, se daí lhe provier dano, terá direito a ser indenizado.

1.530⁶³⁰, 1.531⁶³¹; no Código de Processo Civil, em seus artigos 16⁶³², 17⁶³³ e 18⁶³⁴, que tratam da litigância de má-fé; na antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45), em seu artigo 20.^{635,636}

Como se vê, diante do teor das previsões normativas datadas do início e meados do século passado, o abuso do direito, por ter como pano de fundo valores teleológicos do ordenamento jurídico e os princípios sociais como um todo⁶³⁷, prescindia de previsão legal específica para que pudesse ser aplicado no caso concreto.

Não obstante, a aplicação da teoria foi escassa no país, tendo em vista a vinculação dos juristas aos postulados liberais-positivistas ainda predominantes à época, os quais limitavam o papel interpretativo e integrativo do sistema jurídico. Com isso, o abuso do direito encontrava-se delineado no sistema jurídico nacional

⁶³⁰ Art. 1.530 O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados e a pagar as custas em dobro.

⁶³¹ Art. 1.531 Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que ele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

⁶³² Art. 16 Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

⁶³³ Art. 17 Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados.

⁶³⁴ Art. 18 O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

⁶³⁵ Art. 20 Quem por dolo requerer a falência de outrem, será condenado, na sentença que denegar a falência, em primeira ou segunda instância, a indenizar ao devedor, liquidando-se na execução da sentença as perdas e danos. Sendo a falência requerida por mais de uma pessoa, serão solidariamente responsáveis os requerentes.

Parágrafo único. Por ação própria, pode o prejudicado reclamar a indenização, no caso de culpa ou abuso do requerente da falência denegada.

⁶³⁶ LAUTENSCHLÄGER, op. cit., p. 59-61.

⁶³⁷ Aqui importa observar que, como os princípios sociais variam no tempo e no espaço, mas o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil assim previa, a teoria já poderia ter sido, desde então, mais amplamente aplicada, o que de fato ocorreu de forma muito tímida, seja em razão do apego a legalismos então vigentes, seja em decorrência da própria precariedade do desenvolvimento sistemático do abuso do direito da época, seja, ainda, porque o papel dos magistrados na solução dos litígios era mais restrito, em nome de uma falsa impressão de tutela da segurança jurídica decorrente da adoção de julgados formatados, mais restritos ao texto da norma.

sem que fosse de fato e amplamente aplicado. Mais do que isso: a tendência subjetivista da jurisprudência era fato marcante na aplicação do abuso do direito no caso concreto, evidenciando a constância dos retrocessos quanto à aplicação da teoria.⁶³⁸

Judith Martins-Costa é categórica em afirmar que

foi só muito após a enxurrada de leis especiais derivadas dos novos rumos políticos adotados em seqüência à Revolução de 1930, e mesmo após o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 ter expurgado a intenção emulativa da regra do abuso, que, já em meados do séc. XX, os Tribunais passaram a examinar com mais freqüência a hipótese de abuso e o fizeram com particular atenção em matéria locatícia.⁶³⁹

Disso decorre a parca aplicação da teoria e a escassa contribuição, principalmente em nível jurisprudencial, para o desenvolvimento do abuso do direito no Direito pátrio até uma década atrás.

Somente com o rompimento de velhos paradigmas, decorrentes da edição do atual texto constitucional, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e a adoção de novos valores pelo ordenamento jurídico, mais sociais, funcionalizados e que resgatam a eticidade das relações como um todo, abriu-se caminho para um mais amplo desenvolvimento da teoria do abuso do direito no Brasil⁶⁴⁰, “instrumento de conformação das normas jurídicas à realidade social”.⁶⁴¹

Permeado pela nova sistemática adotada nos sistemas legislativos europeus – em especial, o francês e o português – encampada pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor⁶⁴², o Código Civil de 2002 emergiu como sistema normativo sustentado por três pilares básicos: a socialidade, a eticidade e a operabilidade, os quais passaram a reger os fundamentos e a finalidade de todas as relações sociais, tanto em razão de seus próprios postulados, quanto, sobretudo, porque o sistema jurídico privado passou a ser regido por cláusulas gerais e por uma

⁶³⁸ Nesse sentido, MARTINS, op. cit., p. 114-116; MARTINS-COSTA, op. cit., p. 507-509; AMERICANO, op. cit., introdução.

⁶³⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 509. No mesmo sentido, Pedro Baptista Martins, assevera que “o que fica é a melancólica certeza de que, entre nós, a jurisprudência falhou à missão fundamental que desempenha noutros países: a de precursora das reformas legislativas que pretendem socializar o direito, transformando-o num meio seguro e preciso de conciliação dos interesses em luta” (op. cit., p. 114). O jurista aborda o tema, de forma mais detida, nas p. 102-117 da obra sobre o abuso do direito. Também Rosalice Fidalgo Pinheiro trata do assunto (op. cit., p. 289-297).

⁶⁴⁰ CARPENA, op. cit., p. 66.

⁶⁴¹ Id. *ibid.*, p. 67.

⁶⁴² Sobre a importância desses diplomas legislativos para o rompimento de paradigmas e a objetivação da teoria, vide MARTINS-COSTA, op. cit., p. 513-516.

constante simbiose entre norma infraconstitucional e normas e princípios supraleais, que efetivamente traduzem os anseios da sociedade.

Daí ser, hoje, inegável que o exercício de direitos, entre eles o da liberdade negocial, deve estar integrado de forma coerente com o sistema normativo. Isso significa que, ao intérprete da norma e das relações jurídicas como um todo, compete a importante missão de estabelecer pontes, racionalidades entre as regras de direito e os princípios de Direito.⁶⁴³

3.3.2 Artigo 187 do Código Civil

Acompanhando a tendência dos ordenamentos jurídicos ocidentais, o Código Civil de 2002 encampou em seu texto dispositivo legal expresso, prevendo a ilicitude dos atos cometidos com abuso do direito. Prevê o artigo 187 da lei substantiva 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”, definição que visa a tutelar os “limites intrínsecos da norma que são: a finalidade social, econômica, a boa-fé e os bons costumes”⁶⁴⁴, tal como dispõe o artigo.⁶⁴⁵

⁶⁴³ WANDELLI, op. cit., p. 288, 296.

⁶⁴⁴ CALCINI, op. cit., p. 38.

⁶⁴⁵ O Código Civil atualmente em vigor abarca a teoria em outros artigos, exemplificativamente:

Art. 570 Se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos.

Art. 670 Pelas somas que devia entregar ao mandante ou recebeu para despesa, mas empregou em proveito seu, pagará o mandatário juros, desde o momento em que abusou.

Art. 939 O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Art. 940 Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Art. 1229 A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

Art. 1309. São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes.

Art. 1310 Não é permitido fazer escavações ou quaisquer obras que tirem ao poço ou à nascente de outrem a água indispensável às suas necessidades normais.

Art. 1313 O proprietário ou ocupante do imóvel é obrigado a tolerar que o vizinho entre no prédio, mediante prévio aviso, para:

I - dele temporariamente usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório;

Embora o ato abusivo pudesse ser coibido no Direito pátrio antes mesmo da edição do atual Código Civil, já que seu fundamento encontra-se esparso no ordenamento jurídico⁶⁴⁶, valor a ser perseguido pelo Estado e pelos indivíduos, é inegável que sua positivação “contribui para o fortalecimento e a aplicação prática do instituto, notadamente no âmbito dos tribunais”⁶⁴⁷. Para Carlos Fernández Sessarego, a positivação do abuso do direito faz com que a teoria

*Deja de ser, al mismo tiempo, una exclusiva aspiración ética, una comunitaria demanda axiológica, una pura interpretación y aplicación jurisprudencial de los principios generales del derecho, inspirados por la constelación de valores jurídicos. La asunción del abuso del derecho, como norma jurídica, supone un resonante triunfo de la conciencia jurídica colectiva contemporánea de raíz ético-moral.*⁶⁴⁸

A redação conferida ao artigo 187 do Código Civil se aproxima muito da portuguesa, que prevê, em seu artigo 334^o, que “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”. Apesar do Direito brasileiro considerar ilegal o ato abusivo e o português, ilegítimo⁶⁴⁹, um e outro o colocam como cláusula geral de seus ordenamentos jurídicos e fazem referência expressa à boa-fé, aos bons costumes e aos fins econômicos ou sociais, o que evidencia a similitude de tratamento em um e outro país. Isso não significa, contudo, que basta importar o entendimento adotado em Portugal para que se possa fazer uma correta exegese da previsão contida no artigo 187 do Código Civil. Seria uma visão demasiadamente simplificada para um instituto novo, ainda em construção nos sistemas jurídicos. Além disso, variáveis como o ambiente social, cultural, histórico e

[...]

§ 3^o Se do exercício do direito assegurado neste artigo provier dano, terá o prejudicado direito a ressarcimento.

⁶⁴⁶ Para Heloísa Carpena, quando o ato é ilícito em seu aspecto lógico-formal, ou seja, está positivado em uma determinada norma, o ato é ilícito em sentido estrito. Já quando a qualificação do ato demanda atividade do julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, a ilicitude se refere ao aspecto normativo-axiológico do direito, tratando-se, neste caso, de hipótese de abuso do direito. (CARPENNA, Heloísa. 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*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 373).

⁶⁴⁷ FERREIRA, op. cit., p. 141.

⁶⁴⁸ Em livre tradução: “Deixa de ser, ao mesmo tempo, uma aspiração exclusivamente ética, uma demanda comunitária axiológica, uma pura interpretação e aplicação jurisprudencial dos princípios gerais do direito, inspirados pela constelação de valores jurídicos. A colocação do abuso do direito como norma jurídica supõe um grande triunfo da consciência jurídica contemporânea, de raiz ético-moral.” (SESSAREGO apud FERREIRA, op. cit., p. 141).

⁶⁴⁹ O que não acarreta disciplina diversa a tais dispositivos legais, já que o Direito português trata o abuso do direito como ato ilícito.

a própria tradição jurídica influenciam o desenvolvimento e a aplicação da teoria em cada sistema normativo.⁶⁵⁰

Vale também consignar que, assim como o Código Civil brasileiro buscou inspiração no artigo 334 do Código português, este teve por inspiração o artigo 281 do Código grego, que derivou do Código suíço e do Direito alemão.⁶⁵¹ Como cada sistema apresenta peculiaridades decorrentes do contexto e da evolução havida em seu país, obviamente, embora existam pontos de convergência na concepção da teoria, diversas variáveis podem ser identificadas. Mesmo assim, é possível identificar ao menos um ponto central de convergência para a teoria em todos esses sistemas jurídicos: “o modo de exercerem-se os direitos, faculdades, poderes, pode levar à contrariedade ao Direito compreendido como Ordenamento”⁶⁵², bastando que essa oposição seja imputável ao agente, ou seja, em afronta à confiança que deve reger as relações sociais.

Assim é que, ponto de partida para a análise da teoria do abuso do direito adotada no Brasil é vislumbrar o artigo 187 do Código Civil como uma cláusula geral, consistente, conforme já se expôs no Capítulo 2, em um dispositivo legal que, a despeito da existência de “vagueza semântica, em virtude da utilização de termos indeterminados, [...] exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma”⁶⁵³. Assim, embora exista em países como a Alemanha a tendência de relacionar em textos legais hipóteses de abuso do direito⁶⁵⁴, no Brasil, sua aferição sempre demanda a intervenção ativa do magistrado em cada caso concreto, no sentido de verificar a subsunção do ato – se regular ou abusivo – à norma.

Autores como Fábio Pallaretti Calcini vão além e vislumbram nos termos “finalidade social ou econômica”, “boa-fé” e “bons costumes” verdadeiras cláusulas gerais a serem observadas pelo titular de um direito, ao exercê-lo, raciocínio que encontra amparo na função instrumental do Direito e sua existência como instrumento precioso à realização dos direitos.⁶⁵⁵

Outra característica que merece ser considerada para que seja conferida a devida amplitude ao disposto no artigo 187 do Código Civil é sua localização na sistemática jurídica. Não é por mera coincidência que o dispositivo legal encontra-se

⁶⁵⁰ BOULOS, op. cit., p. 131.

⁶⁵¹ MENEZES-CORDEIRO, op. cit., p. 711-714.

⁶⁵² MARTINS-COSTA, op. cit., p. 519.

⁶⁵³ BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 69.

⁶⁵⁴ ABREU, op. cit., p. 50.

⁶⁵⁵ CALCINI, op. cit., p. 40.

inserido na Parte Geral do *Codex*. Esta localização confere à norma a prerrogativa de fazer-se aplicar a todos os dispositivos, de ordem geral e especial, que compõem o Código Civil⁶⁵⁶, “em todo o Direito Privado e, até mesmo, fora dele.”⁶⁵⁷

A norma abarca a concepção objetiva da teoria, que prescinde a análise do elemento subjetivo do agente para a caracterização do ato abusivo. Esse entendimento assente na doutrina⁶⁵⁸ e se pode extrair do termo “manifestamente” constante do dispositivo legal em comento.

Aliás, a conjugação dos elementos “cláusula geral” e “manifestamente” revolve, a um só tempo, duas características marcantes do artigo 187 do Código

⁶⁵⁶ BOULOS, op.cit., p. 149-150. Não obstante, o artigo 187 do Código Civil tem sua eficácia afastada, tendo em vista a existência de norma jurídica específica regulando o direito de propriedade, constante do artigo 1.228, § 2º, da lei substantiva, a qual prevê o elemento subjetivo para caracterização do abuso do direito. De fato, prevê o dispositivo legal o seguinte: “Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. [...] § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. [...]”

Simples leitura dos termos do § 2º do artigo 1.228 do Código Civil dá conta de que o artigo 187 adota critério objetivo para ferir a existência ou não de abuso do direito e, no caso de exercício do direito de propriedade, faz-se necessária a existência do elemento subjetivo, traduzido na intenção do agente prejudicar outrem. Não obstante, a doutrina critica a duplicidade de critérios utilizados para a configuração do abuso do direito, “ora indagando se se trata de um deslize do legislador ou se efetivamente foram empregados dos conceitos distintos de abuso do direito, um mais amplo, para os direitos em geral, e outro mais restrito, para o direito de propriedade.” (NANNI, op. cit., p. 762). Para Daniel M. Boulos, o simples fato do artigo 187 situar-se na Parte Geral do Código Civil dispensaria a existência da previsão inserida na Parte Especial do Código, tendo em vista a necessária tutela da boa-fé frente à repressão ao exercício inadmissível de posições jurídicas. Ambos os dispositivos devem ser interpretados em conjunto. (BOULOS, op. cit., p. 270-271).

Apesar do espírito de justiça induzir ao acolhimento das teses expandidas pelos juristas ora citados, não se pode negar que o texto legal é expresso em prever a necessidade de espírito emulativo para a configuração do abuso relativo ao direito de propriedade, tendo em vista que o texto legal é expresso em relacionar a comodidade ou a utilidade para a configuração do abuso, mas exige a intenção de prejudicar outrem. Além disso, o princípio da especialidade induz que a regra especial deve prevalecer sobre a geral.

Em um primeiro momento, portanto, e à luz dos critérios formalistas de interpretação das regras jurídicas, o artigo parece ser claro em determinar a existência do elemento subjetivo para a caracterização do abuso do direito de propriedade. Por outro lado, levando em consideração que o texto constitucional tutela a função social da propriedade e encontra-se permeado por princípios solidaristas, bem como que a boa-fé foi elevada, na atual sistemática jurídica, a princípio conformador do Direito, não se pode olvidar do acerto do entendimento segundo o qual, também no direito de propriedade, deve prevalecer o critério objetivo para verificação do abuso do direito. Trata-se de interpretação a favor da integração do sistema, já que privilegia o ordenamento como um todo, na medida em que busca efetivar toda a carga axiológica constante dos princípios que formam a racionalidade jurídica, as pontes que se devem estabelecer entre os direitos formalmente reconhecidos e os fundamentos da ordem jurídica, mais solidaristas e funcionalizados, e que se encontram tutelados em nível constitucional.

Logo, a objetivação do critério para repressão do exercício abusivo do direito de propriedade não decorre do artigo 187 do Código Civil, regra geral que cede força normativa diante de uma regra especial, mas sim da carga principiológica decorrente da sistemática constitucional adotada no Brasil.

⁶⁵⁷ BOULOS, op. cit., p. 157. O jurista faz alusão aos artigos 7º e 28 do Código de Defesa do Consumidor e ao artigo 273 do Código de Processo Civil (Id. *ibid.*, p. 157-158).

⁶⁵⁸ Nesse sentido, DIREITO, CAVALIERI FILHO, FREITAS GOMES, MARTINS-COSTA, NANNI, CALCINI, BOULOS, PINHEIRO, CARPENA, FERREIRA.

Civil: ao mesmo tempo em que o texto legal abarca em seu bojo uma válvula de escape, por permitir que o intérprete confira maior alcance aos seus postulados em razão da vagueza e indeterminação de seus termos, é dotado de uma válvula de segurança⁶⁵⁹ às relações sociais como um todo, na medida em que o vocábulo “manifestamente” exclui do jurista a deliberada aplicação da regra ou sua invocação por razões estritamente subjetivas, já que o termo designa o uso notório, evidente, anormal de um direito.⁶⁶⁰

Assim, se a utilização de um direito originariamente válido⁶⁶¹ por seu titular obedece às estruturas lógico-formal e axiológico-normativa da norma, o ato é regular, somente sendo admissível a aplicação da teoria nos casos de desvio de finalidade do direito ou de exercício irregular desse mesmo direito.⁶⁶² Com isso, “não é ‘qualquer excesso’ no exercício dos direitos que levará à configuração da hipótese contida no artigo 187”⁶⁶³, mas apenas o ato praticado em evidente abuso do direito.

A expressão “fins econômicos ou sociais”⁶⁶⁴, apesar de criticada pela doutrina portuguesa pela sua imprecisão⁶⁶⁵, deve ser analisada pelo intérprete como “o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não-exercício”⁶⁶⁶, tendo sempre em vista a existência de um interesse sério e legítimo a ser tutelado em cada direito reconhecido pelo ordenamento, considerado em si mesmo, individualmente, de acordo com suas características e peculiaridades.⁶⁶⁷

Cada direito varia de acordo com as especificidades da situação jurídica, uma vez que o ordenamento somente o reconhece quando exercido em conformidade com determinadas regras, levando em conta valores existenciais tutelados pela ordem jus-filosófica como um todo.⁶⁶⁸ Além disso, deve-se reconhecer que a expressão significa a necessidade de compreender cada comando

⁶⁵⁹ A expressão também é utilizada por BOULOS, op. cit., p. 164.

⁶⁶⁰ O advérbio de modo designa o ato praticado nitidamente, notoriamente, clamorosamente, publicamente. A esse respeito, BOULOS, op. cit., p. 162-163.

⁶⁶¹ NANNI, op. cit., p. 753. Essa conclusão decorre do fato de que, se o direito exercido pelo agente não for válido, o ato entra na ilicitude lógico-formal, e não na axiológico-normativa.

⁶⁶² DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 13 v. p. 137-139.

⁶⁶³ BOULOS, op. cit., p. 165.

⁶⁶⁴ Importante atentar para a conjunção “ou”.

⁶⁶⁵ A esse respeito, vide ABREU, op. cit., p. 67.

⁶⁶⁶ DIREITO, op. cit., p. 139.

⁶⁶⁷ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 210.

⁶⁶⁸ NANNI, op. cit., p. 753-754

normativo, levando-se em conta sua integração com o sistema jurídico;⁶⁶⁹ sua funcionalidade sistêmica.⁶⁷⁰

Nas relações empresariais, a finalidade econômica mostra-se como grande mola propulsora no exercício e na realização dos direitos, daí decorrendo a necessidade de compatibilização entre o direito em si reconhecido, o modo como esse é exercido, levando em conta as regras de mercado, o objeto, o papel desempenhado pela empresa e as funções que essa empresa ou mesmo a relação jurídica negocial deve desempenhar para atingir os objetivos e fundamentos do Estado, previstos no texto constitucional.

Logo, a finalidade econômica, quando se analisa a atividade empresarial, é o grande mote que salvaguarda, desde a existência da empresa no mercado, até a realização de seus direitos e dos direitos que se encontram difusos no meio social, em conformidade com os preceitos contidos nos artigos 5º, inciso XXIII e 170 do texto constitucional. Conseqüentemente, o agir em desconformidade com a finalidade econômica, quando se fala em relação jurídica empresarial, leva em consideração não apenas a operação – troca de riquezas, visando a uma mais-valia do produto ou do serviço – empresarial em si, como também o contexto e as finalidades com que tais operações se desenrolam no cotidiano. Infringir a finalidade econômica, assim, denuncia a existência de abuso do direito, desde que detectada a violação dos valores tutelados em nível constitucional.

A expressão “fins sociais”, por sua vez, é dotada de maior amplitude, pois pauta-se, sobretudo no princípio do solidarismo, em bens jurídicos não suscetíveis de apreciação econômica e na necessária harmonização dos direitos, para que se faça possível sua convivência, notadamente diante dos fundamentos e objetivos do Estado, previstos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.⁶⁷¹ Afinal, extrai-se das lições de Carlos Alberto Menezes Direito que

a socialidade é uma das principais características do novo Código Civil. Assim como o Código Civil de Napoleão foi fruto do liberalismo do século XVIII, cuja trilha foi seguida pelo nosso Código de 1916, a visão social do direito, o direito como instrumento para a construção de uma sociedade

⁶⁶⁹ WANDELLI, op. cit., p. 295.

⁶⁷⁰ LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito. Tradução Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. *Seqüência 21 anos: estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis, n. 28, jun. p. 18-21.

⁶⁷¹ De acordo com Lautenschläger, “o direito econômico e o direito social encontram-se inseridos na universalidade dos direitos humanos, fundamentados que estão sob as mesmas premissas de dignidade, identidade e não-discriminação” (op. cit., p. 94-95).

justa, igualitária e solidária, foi a grande motivação do novo Código Civil. Não há dúvida de que a passagem do individualismo para o social é a característica essencial da evolução jurídica do nosso tempo. A função social do direito é consagrada no novo Código como cláusula geral de todos os contratos (artigo 421) e também como limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo.⁶⁷²

Decorre dessas premissas que a função instrumental desempenhada pelo Direito determina que o exercício de qualquer direito atenda às finalidades para a qual foi criado, o que significa a necessidade de serem exercidos nos padrões da normalidade, visando a atingir finalidades jurídicas e socialmente desejáveis à manutenção da ordem pública⁶⁷³, com regularidade da vida em sociedade.

Já a “boa-fé” referenciada no artigo 187 do Código Civil é aquela tida “como ‘princípio’ pelo qual o sujeito de direito deve actuar como pessoa de bem, honestamente e com lealdade”⁶⁷⁴, levando em consideração os demais princípios materialmente significativos, tais como a solidariedade, a igualdade, os direitos fundamentais⁶⁷⁵, que atribuem à mesma conteúdo metodologicamente abrangente. Trata-se da boa-fé objetiva, padrão médio de conduta ou *standard* jurídico com o qual todos os atos da vida civil devem ser praticados; verdadeiro referencial normativo-axiológico sobre o qual todo o sistema jurídico deve se pautar.

O princípio da boa-fé, por isso, não pode ter o seu conteúdo definido previamente, pois dependerá sempre da definição de um *standard*, o que não significa que o princípio da boa-fé seja um *standard*, mas, sim, que faz parte do seu conteúdo a existência de um *standard* que será sempre variável, pois dependerá da verificação do caso concreto, tendo como parâmetro, repita-se, as regras e princípios jurídicos [...]⁶⁷⁶

Oportuno esclarecer que os conceitos de boa-fé e abuso do direito têm, cada um, sua autonomia dogmática, sendo, portanto, figuras distintas, mas não mutuamente excludentes. Embora seja na boa-fé que o artigo 187 tenha maior força imperativa e aplicação mais palpável – mesmo porque vem sendo objeto de estudos há algumas décadas⁶⁷⁷ – um e outro apresentam campo de aplicação específico.

⁶⁷² DIREITO, op. cit., p. 143.

⁶⁷³ Dada a relevância dos fins tutelados pelo artigo 187 do Código Civil, autores como Daniel M. Boulos asseveram que trata-se de norma de ordem pública, a qual é de aplicação cogente, de conhecimento oficioso pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, não se sujeitando a preclusão. (BOULOS, op. cit., p. 169-171).

⁶⁷⁴ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 171.

⁶⁷⁵ WANDELLI, op. cit., p. 297.

⁶⁷⁶ BARACAT, op. cit., p. 67.

⁶⁷⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 529-530.

Decorrência desse fato é que nem todos os casos de violação à boa-fé objetiva serão hipóteses de abuso do direito e nem todo ato praticado em afronta aos padrões axiológico-normativos serão contrários à boa-fé: o que se verifica é a existência de pontos de convergência entre ambos os institutos que, juntos, compõem o artigo 187 do Código Civil, ao mesmo tempo em que outras características compõem cada um deles.⁶⁷⁸

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, ao comentar o artigo 334º do Código Civil português, assevera ser a boa-fé prevista em tal dispositivo legal um princípio normativo, significando que “as pessoas devem ter um comportamento honesto, correcto, leal, nomeadamente no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa dos outros”⁶⁷⁹, o que significa que devem agir com observância à eticidade, operabilidade e à funcionalidade as relações negociais como um todo, levando em consideração os interesses legítimos da contraparte⁶⁸⁰, inclusive, quando em jogo o limite ao exercício de determinados direitos.

Para Teresa Negreiros, a boa-fé aparece como vetor tendente a limitar ou obstaculizar o exercício de direitos subjetivos [em sentido amplo], decorrendo daí que:

A boa-fé está diretamente relacionada à teoria do abuso de direito nesta sua função de limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual.

[...]

Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular, e nesta medida abusivo, se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesses casos, o comportamento formalmente lícito, consistente no exercício de um direito, é, contudo, um comportamento contrário à boa-fé e, como tal, sujeito ao controle da ordem jurídica.⁶⁸¹

A boa-fé, referida no artigo, encontra como substrato outros princípios como confiança, lealdade, probidade e transparência recíprocas que devem ser preservados nos padrões normais de modelo de conduta social⁶⁸², tendo em vista,

⁶⁷⁸ NANNI, op. cit., p. 755-756.

⁶⁷⁹ ABREU, op. cit., p. 55.

⁶⁸⁰ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 172-173.

⁶⁸¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140-141.

⁶⁸² CALCINI, op. cit., p. 41.

sobretudo, a importância da segurança jurídica do tráfego jurídico, por meio do qual as partes devem, reciprocamente, adotar condutas conformes a retidão.⁶⁸³

Trata-se, portanto, de verdadeiro vetor normativo-metodológico, sobre o qual toda e qualquer conduta humana deve se pautar para que seja objeto de tutela pela ordem jurídica.

Por fim, os “bons costumes” apresentam duas acepções: uma sociológica, que leva em consideração a opinião socialmente dominante em um determinado meio, contexto e momento histórico-cultural, e outra, idealista, fortemente marcada por um cariz filosófico, ligada aos padrões de moralidade de um povo.⁶⁸⁴ São doutrinariamente definidos como “o conjunto das regras morais aceites pela consciência social”⁶⁸⁵, não se confundindo com usos ou práticas morais, eis que são “idéias ou convicções morais”⁶⁸⁶ ou as “concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade, o conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e corretas praticam”⁶⁸⁷. Referem-se, antes, a condutas reiteradamente praticadas no meio social, tidas como corretas⁶⁸⁸, e que expressem algum princípio positivado objeto de tutela jurídica.⁶⁸⁹

Conjugando os bons costumes referenciados no artigo 187 com os usos e costumes previstos no artigo 113 do Código Civil⁶⁹⁰, especificamente no âmbito do direito empresarial, tem-se que estes datam dos mais antigos estatutos mercantis e sempre foram utilizados para guiar tais atividades de forma hígida, funcionando como preceitos objetivos de interpretação dos negócios jurídicos.⁶⁹¹

De acordo com essa concepção, o abuso do direito resta caracterizado quando o titular de um direito utiliza-o em afronta aos padrões éticos dominantes e aos hábitos adotados pela sociedade como um todo e nos negócios empresariais em específico. Isso significa que os bons costumes a que alude o artigo 187 do Código Civil diz respeito, precisamente, ao sentido ético-moral objetivo, a *standards*

⁶⁸³ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001 (Pensamento jurídico – v. 3). p. 116-120.

⁶⁸⁴ CUNHA DE SÁ, op. cit., p.188-191.

⁶⁸⁵ ABREU, op. cit., p. 63.

⁶⁸⁶ Id. *ibid.*, p. 63.

⁶⁸⁷ DIREITO, op. cit., p. 148.

⁶⁸⁸ CALCINI, op. cit., p. 41.

⁶⁸⁹ WANDELLI, op. cit., p. 297.

⁶⁹⁰ Art. 113 Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁶⁹¹ MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. Negócio jurídico: releitura à luz do direito empresarial. *Revista de direito empresarial*, Curitiba, Juruá, n. 4, jul/dez. 2005, p. 39-40.

normativos que guiam o sistema jurídico; levam em conta, portanto, o padrão do homem médio, devendo ser aferidos objetivamente, com a boa-fé, daí decorrendo a pertinência da interpretação conjunta dos artigos 187 e 113 do Código Civil, especificamente nesse tocante.

Diante do fato do artigo abarcar uma série de conceitos vagos, por tratar-se de cláusula geral, juristas como Jorge Manuel Coutinho de Abreu, ao discorrerem acerca da previsão legal do abuso do direito contida no Código Civil português, asseveram que o dispositivo seria melhor se tivesse nascido mais criterioso⁶⁹².

Não obstante, se levada em consideração a abertura do sistema jurídico, com a revisitação de velhos conceitos, principalmente após a promulgação do atual texto constitucional, do Código de Defesa do Consumidor e, mais recentemente, do Código Civil, inegavelmente, o dispositivo em questão abarca, a um só tempo, a abrangência de tratamento que o abuso do direito demanda como norma aberta, carregada de valores, verdadeira cláusula geral hábil a adaptar-se a diferentes contextos, ao mesmo tempo em que traz em si uma válvula de segurança capaz de atribuir estabilidade ao sistema, que é a objetivação do critério exigido pelo juiz para aplicá-la ao caso concreto, a qual é assegurada pelo vocábulo “manifestamente”, conforme acima se expôs. Com isso,

não é preciso que o agente tenha consciência da contrariedade do seu ato à boa-fé, aos bons costumes ou ao fim social ou econômico do direito exercido. Basta que na realidade esse ato se mostre, de forma objetiva, manifestamente contrário aos citados limites. Exige-se, todavia, um abuso nítido: o titular do direito deve ter excedido manifestamente esses limites impostos ao seu exercício.⁶⁹³

Afinal, é dos escorreitos ensinamentos de Fernando Augusto Cunha de Sá que os bons costumes, a finalidade econômica ou social e a boa-fé nada mais são do que critérios determinantes da atuação regular de cada indivíduo, dentro dos limites axiológico-materiais de cada direito⁶⁹⁴, reconhecido pelo ordenamento como sistema coordenado de regras e princípios tendentes à realização da dignidade da pessoa humana, dos princípios e objetivos fixados pela Constituição Federal e pela atual concepção de relação jurídica.

⁶⁹² A redação original é a seguinte: “melhor seria se o art. 334.º tivesse nascido mais criterioso” (ABREU, op. cit., p. 62).

⁶⁹³ NANNI, op. cit., p. 757.

⁶⁹⁴ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 642.

Logo, compete ao jurista a missão de desenvolver trabalho consciencioso e cientificamente orientado, do ponto de vista cultural, para que o artigo 187 do Código Civil possa ser aplicado em sua maior amplitude⁶⁹⁵, como letra viva do Direito funcionalizado, objeto de tutela pela ordem jurídica, destinando-se a efetivamente guiar os costumes, a boa-fé e a finalidade econômica ou social de cada direito reconhecido pelo ordenamento, de maneira que cada direito grave em torno de um eixo central, composto pelos valores primordiais que compõem o sistema jurídico.⁶⁹⁶

Para além disso, deve-se observar que o Código Civil abarca, em seu texto, todas as espécies de Direito – inclusive, o potestativo -, vinculando a regularidade do seu exercício não apenas aos fins sociais e econômicos, à boa-fé e aos bons costumes previstos no artigo 187 da lei substantiva, mas, sobretudo, levando em conta a coesão e integridade de todo o sistema jurídico, em especial com os valores fundantes e os direitos tutelados em nível constitucional pela ordem jurídica. É do conflito de normas válidas que se pode extrair, mediante a utilização de critérios normativo-axiológicos, a existência do abuso do direito no caso concreto.⁶⁹⁷

Assim é que a aplicação da teoria do abuso do direito no caso concreto demanda do intérprete a conjugação de uma série de elementos, a saber: a análise da norma frente ao sistema de valores adotados pelo sistema jurídico, diante de um determinado caso concreto. Para Fábio Pallaretti Calcini:

Ao se exercer um direito subjetivo, será possível analisar se existe o abuso do direito, por ofensa à finalidade social ou econômica, a boa-fé e os bons costumes.

Para conseguir êxito no cotejo da existência do abuso do direito, interessante se torna a aplicação da teoria tridimensional (fato, valor e norma), de Miguel Reale, mas, de modo inverso.

Sendo assim, parte-se da norma, encontra-se o valor a ser tutelado pelo direito e, por fim, verifica-se sua contemplação de fato.

Vale dizer, norma, valor e fato. Eis o caminho a ser trilhado para encontrar o exercício abusivo de um direito subjetivo.⁶⁹⁸

Para tanto, o jurista deve se pautar não apenas na norma jurídica em si, mas no sistema como um todo, notadamente, pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade^{699,700}, que devem guiar a atividade interpretativa para que seja

⁶⁹⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 528.

⁶⁹⁶ Id. *ibid.*, p. 537.

⁶⁹⁷ WANDELLI, op. cit., p. 337, 340.

⁶⁹⁸ CALCINI, op. cit., p. 41.

⁶⁹⁹ Nesse sentido, MARTINS-COSTA, op. cit., p. 515-516.

possível aferir a aplicação mais adequada da norma em para cada direito exercido pelo seu titular, regularmente, ou ilicitamente.

3.3.3 Abuso do direito na relação negocial empresarial

As relações negociais travadas entre empresas, embora obedeçam a regras gerais relativas aos contratos, também são dotadas de peculiaridades, decorrentes do tempo, lugar e forma como tais negócios são regidos, do fato de que o agente que figura em tais relações jurídicas é o empresário⁷⁰¹, o objeto do contrato deve ater-se ou ser compatível com o objeto empresarial e as demais circunstâncias que afetam as características de tais contratos.⁷⁰² Daí que “o negócio jurídico empresarial existe e se conclui mediante manifestação de um agente profissional, sempre considerando a especialidade do objeto sobre o qual o negócio versa e de acordo com as circunstâncias negociais próprias da sua atividade.”⁷⁰³

⁷⁰⁰ Para Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade coloca-se como parâmetro de valoração dos atos para aferir se eles estão informados pela justiça, valor superior inerente a todo ordenamento jurídico. O princípio supõe a observância de equilíbrio, moderação e harmonia na conjugação de direitos e valores tutelados pela ordem jurídica, permitindo que o Judiciário invalide atos quando não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado, quando a medida não seja exigível ou necessária ou ainda nas hipóteses em que o exercício de determinado direito se der de forma desproporcional (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 218-245). Já ao tratar do princípio da proporcionalidade, Suzana de Toledo Barros pontua que esse princípio é concretizado diretamente na essência dos direitos fundamentais e diz respeito à própria fundamentabilidade de alguns direitos. Refere-se às idéias jurídicas fundantes da Constituição e tem assento justamente no contexto normativo em que estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, tendo como escopo objetivar a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 85-125).

⁷⁰¹ É das lições de Sérgio Campinho que se extrai que “não há que se confundir o empresário individual com o sócio de uma sociedade empresária. O sócio, com efeito, não é empresário, mas sim integrante de uma sociedade empresária. O empresário poderá ser pessoa física, que explore pessoal e individualmente a empresa (empresário individual), do qual estamos agora tratando, ou uma pessoa jurídica, a qual, detentora de personalidade jurídica própria, distinta da de seus membros, exerce diretamente a atividade econômica organizada (sociedade empresária).” (CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 11).

⁷⁰² MUSSI, op. cit., p. 31. Ao referir-se sobre a especificidade do objeto, o jurista pontua que as relações negociais têm por escopo transformar, circular e produzir riquezas, as quais são dimensionadas pelo empresário, notadamente, com relação aos riscos envolvidos, tendo em vista o caráter profissional e dinâmico das relações jurídicas. No tocante ao conteúdo do negócio jurídico, a comunicação sistêmica dos dispositivos do Código Civil – nomeadamente, os relativos ao Direito de Empresa e aos Contratos – dá especial ênfase ao profissionalismo e à coordenação dos fatores de produção enquanto elementos essenciais do negócio jurídico. (MUSSI, op. cit., p. 33-34).

⁷⁰³ Id. *ibid.*, p. 37.

Além disso, também deve ser levado em consideração que as relações jurídicas travadas entre empresas supõem a existência de uma paridade nem sempre verificada no caso concreto, costumam ser duradouras, constituídas por uma rede contratual⁷⁰⁴ e dotadas de deveres principais, secundários e laterais⁷⁰⁵, que permeiam a relação jurídica, desde a fase das tratativas preliminares, até o período posterior ao rompimento do negócio jurídico.

Basta observar que, em regra, os negócios jurídicos empresariais são regidos pelos Códigos Civil, Comercial e legislação esparsa, que equiparam os agentes e atribuem-lhe ônus tal como se as empresas fossem todas do mesmo porte, com similaridade de recursos, acesso a informações, administração, profissionais devidamente qualificados etc.⁷⁰⁶ No entanto, o que se observa com muita frequência em tais negócios é a disparidade entre os contratantes, mas com aplicação de sistemática paritária de normas, fato que dá ensejo, em inúmeras situações, à prática de atos abusivos.

Diante desse quadro, o sistema normativo e o intérprete do Direito devem ater-se mais ao conteúdo e à funcionalidade das obrigações decorrentes de um determinado negócio jurídico ou do plexo de relações que os envolvem⁷⁰⁷, fazendo

⁷⁰⁴ As relações obrigacionais complexas ou sistêmicas, sob a perspectiva da pluralidade de direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades interligados e nascidos de um determinado fato. Nestas, “considera-se o conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1. p. 73).

⁷⁰⁵ Entre os deveres anexos, secundários ou acidentais a todo negócio jurídico encontram-se o de cuidado em relação à outra parte, o de colaboração ou cooperação, de respeito à confiança, de informação quanto ao conteúdo do negócio jurídico, de lealdade e de agir conforme a equidade e a razoabilidade, os quais independem da vontade das partes. Sobre o tema, ver: BOULOS, op. cit., p. 244-245; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 408, 437-440; NORONHA, op. cit., p. 73-74; BARACAT, op. cit., p. 218; FERREIRA, op. cit., p. 216-220.

⁷⁰⁶ Apenas episodicamente, a paridade cede espaço à hipossuficiência, tal como ocorre nas relações travadas entre empresas e instituições financeiras, onde corriqueiramente são aplicados os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica, beneficiando a empresa contratante frente aos bancos, o que decorre não apenas de construções jurisprudenciais, como também em decorrência da aplicação da Súmula nº 297 do C. Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

⁷⁰⁷ Atualmente, o negócio jurídico deixou de ser visto como relação atomizada, absolutamente estanque, que diz respeito apenas às partes que dele fazem parte diretamente, sem qualquer ligação com terceiros pessoas ou contratos. As relações empresariais hodiernas demandam a concepção de relação obrigacional como processo dinâmico, que demanda a presença de cooperação entre os agentes, daí inserindo-se a importância da tutela da confiança e dos deveres laterais ao contrato, para que se possa falar em segurança jurídica e realização dos objetivos e fins constantes da ordem jurídica nas relações negociais.

com que atinjam seu objetivo. Nas palavras de Fernando Noronha, “é aqui que se torna necessário assegurar uma apreciação do interesse do credor, em termos de utilidade social. Esse interesse tem de ser legítimo, por satisfazer a uma necessidade socialmente valorada como séria e útil”⁷⁰⁸, de forma a compatibilizar a autonomia privada, a liberdade contratual, a função social do contrato e os preceitos relativos à boa-fé objetiva.

Disso tudo resulta que o artigo 187, embora esteja inserido na parte geral do Código Civil, é importante instrumento para a efetivação de direitos, quando se fala em relações jurídicas negociais. Conjugado com os artigos 420 e 421 da lei substantiva, que prevêm a função social dos contratos e a boa-fé como princípio normativo que rege o sistema jurídico contratual, revela-se como importante mecanismo para a regulação das relações empresariais.

Se na visão clássica oitocentista o contrato era tido como instrumento exclusivamente patrimonial, por meio do qual se operavam as trocas de mercadorias, com vistas a satisfazer os interesses pessoais das partes, atualmente, tendo em vista a nova concepção de negócio jurídico, houve a revisitação de seus postulados, notadamente com a adoção da operabilidade, da funcionalidade e da socialidade em matéria contratual.

Chega-se, nesse ponto, a uma questão essencial: como compatibilizar os fundamentos e objetivos constantes do texto constitucional, que sobrelevam valores não patrimoniais sobre os patrimoniais, frente à relação jurídica empresarial, a qual ainda hoje é concebida como instrumento de circulação de riquezas, e o abuso do direito, considerando a estrutura das empresas e o papel que estas desempenham no desenvolvimento econômico do país?

Há algumas décadas, a questão seria prontamente solucionada com o argumento de que os direitos não patrimoniais não deveriam influenciar as relações empresariais, as quais têm natureza eminentemente patrimonialista e egoística, mas a mudança operada com a repersonalização das relações jurídicas, inclusive as empresariais, demanda repensar alguns conceitos e seus reflexos na estrutura negocial das empresas, notadamente, sob o enfoque do abuso do direito.

Não obstante, a [r]evolução operada em toda a sistemática jurídica nacional a partir do final da década de oitenta do século passado tornou realidade inegável

⁷⁰⁸ NORONHA, op. cit., p. 32.

uma tendência já verificada na doutrina e na jurisprudência, mas que ganhou novo enfoque com a positivação da teoria do abuso do direito. Concebeu-se que

o direito dos contratos não é, pois, uma região estanque, absolutamente impermeável à ação saneadora da nova doutrina [do abuso do direito]. Ao contrário, os repertórios de jurisprudência estão repletos de decisões de onde se pode depreender a adaptabilidade da teoria à vida contratual, qualquer se seja a fase que ela atravesse.⁷⁰⁹

Atualmente, o direito contratual é regido por imperativos de eqüidade, solidariedade, funcionalidade e altruísmo, dado o reconhecimento de que o desequilíbrio de obrigações ou da forma como o contrato é celebrado, executado ou mesmo os atos jurídicos praticados posteriormente à sua extinção, acarreta verdadeira injustiça, seja em face da contraparte, seja com relação à coletividade ou aos preceitos humanitários e solidaristas.

Por esse motivo, hodiernamente, na seara negocial, o princípio da solidariedade determina a funcionalização dos direitos subjetivos, os quais devem ser exercidos levando em consideração as finalidades política, econômica e social constantes tanto das regras morais de convivência pacífica, quanto dos próprios fundamentos constitucionais, de maneira que os direitos devem ser exercidos de maneira a não causar danos extraordinários aos demais indivíduos.⁷¹⁰

A partir do momento em que as relações negociais passaram a ser regidas pelo prisma da justiça efetiva e substancial, pelos valores ou interesses da coletividade⁷¹¹, foram consagradas limitações à própria liberdade individual, a qual deve ser exercida tendo em vista e em conformidade com os valores superiores tutelados pela ordem jurídica. Hodiernamente, a aplicação da teoria do abuso do direito é admitida no direito empresarial e exige dos agentes comportamentos objetivos, padrões de conduta atentos aos usos e costumes do comércio, à boa-fé, às finalidades perseguidas pelas partes dentro do contrato e pelos terceiros, atingidos direta ou indiretamente por tais negócios, assim como a própria funcionalização de cada direito exercido pelo seu titular. Isso tudo, aplicado nos momentos de pré-negociação, conclusão, execução e extinção dos negócios

⁷⁰⁹ MARTINS, op. cit., p. 39.

⁷¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 120-121.

⁷¹¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 97-98.

jurídicos empresariais⁷¹², sempre tendo em vista a observância dos deveres principais e laterais, com especial enfoque na tutela da confiança e na boa-fé objetiva que devem reger as relações jurídicas como um todo, tendo em vista os parâmetros da eticidade, da operabilidade e da socialidade que regem os negócios jurídicos, tanto em suas relações internas, quanto nas externas.

O artigo 187 do Código Civil não comporta, portanto, interpretação estreita. Aliás, em boa doutrina, já se afirmou que assim como o abuso do direito não prescindia de positivação para que pudesse ser objeto de tutela pelo ordenamento jurídico, tal como ocorria no âmbito do Código Civil de 1916, não se pode olvidar que “a abertura propiciada pelo art. 187 do novo Código Civil não há de servir à restrição do abuso do direito apenas à violação da boa fé, bons costumes e função social, por mais amplos que possam ser os conteúdos normativos daí decorrentes”⁷¹³. O raciocínio tem uma razão muito simples para ser defensável: conquanto atualmente exista norma positivada coibindo o abuso do direito, o exercício inadmissível de posições jurídicas se traduz em ato que atenta contra a ordem jurídica como um todo, decorrendo desse fato o valor fundante da coibição ao ato abusivo.

Exige-se, portanto, nas relações negociais, comportamentos objetivos, pautados na boa-fé e que estimulam a confiança nas relações negociais, a fim de que o contrato efetivamente cumpra seus objetivos social e econômico, atenda aos costumes do local em que foi firmado, sob pena de, praticados atos em abusivo do direito, sejam os mesmos sancionados pela ordem jurídica, instrumento para a pacificação social e a coexistência dos direitos, dentro de um sistema principiológico de normas.

3.3.4 Sanções ao abuso do direito

A mera descrição de comportamentos desejáveis no meio social não é, por si só, meio suficientemente eficaz para assegurar sua observância pelos particulares. A efetividade e a imperatividade das normas que impõem um dever de conduta ou coíbem a prática de determinados atos pela tutela de interesses considerados juridicamente mais relevantes pelo ordenamento é feito por meio de sanções, cujo papel primordial é assegurar a efetividade de um determinado preceito

⁷¹² MUSSI, op. cit., p. 50.

⁷¹³ WANDELLI, op. cit., p. 296.

mediante a imposição de um castigo, um ressarcimento, ou por meio da ineficácia do ato indesejável.⁷¹⁴

As sanções são, nas palavras de Domenico Barbero, “*una proposición imperativamente dirigida a los coasociados de un ordenamiento jurídico, cuyo contenido es un rasgo de la disciplina de la vida de relación y que tiene como fin realizar la colaboración entre los coasociados em orden a la mejor convivência*”.⁷¹⁵

Conforme acima já se expôs, o ato abusivo é diferente do ato passível de acarretar a responsabilidade civil do sujeito, embora existam casos de responsabilidade civil decorrentes do abuso do direito.⁷¹⁶ Assim, para melhor elucidação dos casos em que o abuso do direito pode ser coibido mediante a imposição de sanções, faz-se necessário analisar os modos como tais atos podem ser reprimidos pela ordem jurídica.

Em primeiro lugar, convém repisar que, como o ato ilícito e o ato abusivo não se confundem, já que cada um apresenta autonomia dogmática, no primeiro, a conseqüência lógica é o surgimento da obrigação de indenizar⁷¹⁷, em geral, de forma pecuniária, decorrente da ilicitude do ato em si. Diversamente, contudo, nos casos de abuso, a contrariedade do ato com o ordenamento jurídico, por residir no modo como o direito é exercido pelo seu titular, a indenização pecuniária se revelaria como ineficaz e insatisfatória, se levada em consideração a finalidade dessa repressão.⁷¹⁸

A própria estrutura do Código Civil, em dispor sobre a ilicitude nos artigos 186 e 187, e sobre a obrigação de indenizar no artigo 927, denota a adoção de novas formas de tutela destinadas à reparação dos danos⁷¹⁹, haja vista que, como já decidiu a jurisprudência portuguesa, citada por Judith Martins-Costa:

⁷¹⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, Tomo I. p. 359.

⁷¹⁵ Em livre tradução: “Uma proposição imperativamente dirigida aos co-associados de um ordenamento jurídico, cujo conteúdo é a característica de disciplinar a vida de relação e que se destina a tornar colaboração entre os co-associados no sentido de promover uma melhor convivência” (BARBERO, Domenico apud ITURRASPE, op. cit., p. 358-359).

⁷¹⁶ Oportuna, aqui, a lição de Cunha de Sá, que assevera: “ao praticar o acto abusivo, o sujeito está a exercer um direito de que é titular – e seria ela que permitiria diferenciar a teoria do abuso do direito da teoria geral da responsabilidade aquiliana” (op. cit., p. 627).

⁷¹⁷ NOVISKI, Kássia Renate Silva. O abuso de direito na esfera contratual. In: NALIN, Paulo; VIANNA, Guilherme Borba (Coord.). *Direito em movimento*: por popp & nalin advogados. Curitiba: Juruá, 2007. p. 172.

⁷¹⁸ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 629.

⁷¹⁹ MARTINS-COSTA, 2006, p. 523-524.

Não há “sanção específica” para as situações de abuso, pois esta “assume cores e tonalidades diferentes de harmonia com o *modo funcional como o abuso se expressa*; o que vale por dizer que aquele tanto se pode reconduzir a uma nulidade negocial, como a um fato gerador de uma responsabilidade civil por danos provocados, como ainda à própria neutralização do direito que se esvazia na sua eficácia típica como se não existisse.”⁷²⁰

Decorre daí que o ato abusivo deva ser, preferencialmente, afastado mediante a adoção de reparações específicas⁷²¹, do próprio direito atingido pelo mau uso ou utilização desviada de um direito ordinariamente reconhecido pelo sistema jurídico, raciocínio que leva à inegável constatação de que a sanção ao abuso do direito refere-se tanto ao seu caráter preventivo, quanto ao repressivo⁷²², justamente em decorrência da necessidade de cada indivíduo agir em conformidade com os fundamentos da ordem jurídica.⁷²³

Conseqüentemente, a sanção ocorre tanto para compelir o agente do ato abusivo a restaurar o estado anterior, quando há uma sanção pecuniária, ou na própria invalidade do negócio jurídico⁷²⁴, devendo sempre ser observada a proporcionalidade da medida repressiva, sob pena de detectar-se abuso do direito no próprio ato de punir.⁷²⁵ Não obstante, o dever de reconstituição *in natura* somente é substituído pela indenização pecuniária nas hipóteses em que “se mostrar de todo em todo impossível ou extremamente gravosa para o autor do abuso, ou não reparar integralmente os danos”.⁷²⁶

⁷²⁰ MARTINS-COSTA, 2006, p. 524-525. Grifos no original.

⁷²¹ Giovanni Ettore NANNI refere-se à sanção *in natura* para o ato praticado com abuso do direito, tendo em vista que a reposição natural mostra-se mais eficaz à indenização pecuniária. (NANNI, op. cit., p. 758-759). Já Kássia Renate Silva Noviski trata dessa forma de sanção como “sanção direta” (NOVISKI, op. cit., p. 172).

⁷²² CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 631.

⁷²³ Id. *ibid.*, p. 640-641.

⁷²⁴ CALCINI, op. cit., p. 42. No mesmo sentido, DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 92, v. 817, nov. 2003, p. 71. Judith Martins-Costa complementa o raciocínio ao ponderar que “por vezes é mais importante *prevenir* ou eliminar o ato ilícito do que *reparar* o dano [...] ensejando tutela processual contra os *atos contrários ao direito* – e não mais, necessariamente, os atos danosos.” (MARTINS-COSTA, 2006, p. 522. Grifos no original).

⁷²⁵ Jorge Mosset Iturraspe assevera que “*Importará un ejercicio abusivo del derecho a la reparación de los daños sufridos ‘perseguir una gravosa reposición material del precedente estado de cosas si el costo de ella resultase muy superior al valor de la brecha patrimonial que el acto ilícito hubiese causado’*.” Em livre tradução: “Importará um exercício abusivo do direito à reparação dos danos sofridos ‘impor uma reparação material do estado precedente de coisas quando o custo daí decorrente for muito superior ao valor patrimonial do bem que o ato ilícito infringiu’.” (ITURRASPE, op. cit., p. 386).

⁷²⁶ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 646.

Com isso, somente caso a caso é possível detectar qual o melhor mecanismo para punir o ato abusivo, que pode variar desde a obrigação do agente “remover o que fez com abuso do direito”⁷²⁷, até a nulidade, anulabilidade ou inoponibilidade do ato; a rescindibilidade do ato, assim como o restabelecimento de uma situação pretérita.⁷²⁸

No campo da tutela à ameaça a direito – e aqui, afirma-se, com Luiz Guilherme Marinoni, que “o ordenamento jurídico que admite um processo civil voltado apenas à reparação do dano, evidentemente não dá importância à violação da norma que não produz dano”⁷²⁹ –, entram em cena as tutelas preventivas, quais sejam, a antecipação de tutela, as medidas cautelares e as tutelas inibitórias; as duas primeiras, “voltadas a assegurar a eficácia e a adequação da prestação jurisdicional, prevenindo a violação de um direito processual da parte”^{730,731} e a última, “voltada à proteção direta e definitiva do próprio direito material do autor”⁷³². Enquanto as duas primeiras formas de tutela são de cunho processual, a terceira refere-se ao próprio direito material.

Com isso, embora todas elas sejam de salutar importância para a oposição da vítima contra o agente do ato abusivo, a terceira, por tutelar o direito material em si, representa verdadeiro mecanismo por meio do qual o artigo 187 do Código Civil pode ser efetivado, não no âmbito da reparação de direitos, mas, sobretudo, visando à efetivação de cada direito e à exclusão do meio social dos atos contrários aos fins axiológico-materiais do ordenamento. Em última análise, a tutela específica “é um instrumento de efetividade da boa-fé violada que pode ser aplicado em alguns casos específicos, dependendo da intensidade da confiança”⁷³³ em jogo no caso concreto.⁷³⁴

⁷²⁷ Id. *ibid.*, p. 647.

⁷²⁸ CUNHA DE SÁ, *op. cit.*, p. 647-648.

⁷²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 62.

⁷³⁰ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; 49). p. 235.

⁷³¹ Para Luiz Guilherme MARINONI, “a importância da tutela preventiva pode ser percebida, em todas as sociedades modernas, a partir da necessidade de se conferir tutela jurisdicional adequada às novas situações jurídicas”. (MARINONI, *op. cit.*, p. 24).

⁷³² SPADONI, *op. cit.*, p. 235.

⁷³³ POPP, *op. cit.*, p. 287.

⁷³⁴ Oportuno destacar, com Carlyle Popp, que “a tutela específica não exclui a cobrança de danos emergentes e lucros cessantes sofridos em razão da demora no cumprimento do convencionado. É a aplicação mais ampla da idéia de efetividade do direito material.” (Id. *ibid.*, p. 292).

A tutela inibitória, prevista nos artigos 461⁷³⁵ e 461-A⁷³⁶ do Código de Processo Civil tem eficácia executivo-mandamental, visto que concedida antecipação de tutela em seu curso, há emissão de mandado para execução específica e provisória da tutela de mérito. Por sua vez, o provimento de mérito é dotado de eficácia executiva, na medida em que a lei confere ao juiz o poder-dever de determinar as providências necessárias à efetivação do resultado prático do processo.⁷³⁷ Diverge, contudo, da ação ressarcitória, na medida em que tem como principal foco não o cunho patrimonial, mas “as normas que estabelecem comportamentos fundamentais para o adequado desenvolvimento da vida social”.⁷³⁸

Essa modalidade de tutela é a que melhor se amolda para a tutela preventiva ao abuso do direito, na medida em que, como a “ameaça, ou justo receio, deve ser concreta, objetivamente aferível”⁷³⁹, o requisito do artigo 461 do CPC possibilita a efetiva tutela da vítima em face do ato abusivo.⁷⁴⁰

Indo ainda mais além, entram em cena o direito de exercício da legítima defesa, própria ou alheia, impenhorabilidade de bens, exclusão da compensação

⁷³⁵ Art. 461 Na ação que tenha por objeto ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, juiz concederá a tutela específica da obrigação ou se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

⁷³⁶ Art. 461-A Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

⁷³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 671.

⁷³⁸ MARINONI, op. cit., p. 64.

⁷³⁹ SPADONI, op. cit., p. 235.

⁷⁴⁰ Nesse sentido, MARTINS-COSTA, op. cit., p. 524.

legal decorrente do crédito oriundo de ato abusivo, recusa à reparação de danos quando estes forem ínfimos e causarem sério gravame ao lesante⁷⁴¹, entre outras hipóteses aferíveis em cada caso concreto.

Em feliz síntese sobre os efeitos decorrentes do ato abusivo, Giovanni Ettore Nanni, citando Luis Niel Puig, afirma que estes podem ser assim relacionados:

1. despojar de toda eficácia o ato abusivo, neutralizando seus efeitos;
2. complementando o anterior, como medida preventiva, o juiz deve arbitrar o necessário para evitar os efeitos do ato abusivo, podendo ordenar que se cesse o ato ou omissão abusivos;
3. ainda assim, e segundo as circunstâncias, a reposição ao estado de fato anterior ao ato, o que pode se estender à destruição do que realizado abusivamente;
4. repelir a ação derivada do exercício abusivo de um direito; não cabimento de toda ação que se funde nele;
5. em caso de danos, sua indenização.⁷⁴²

Oportuno asseverar, ainda, que justamente em decorrência das características contempladas pelo ato abusivo e sua autonomia dogmática frente o ato ilícito, o abuso do direito não dá ensejo à responsabilidade penal, diante da inexistência de tipicidade do ato praticado, o qual causa lesão aos valores que compõem o ordenamento jurídico, à higidez do meio social.⁷⁴³

Logo, a sistemática jurídica é dotada de uma fórmula que permite ao juiz optar e aplicar o meio mais eficaz para coibir ou punir a prática do ato abusivo, somente sendo possível aferir, episodicamente, qual a sanção mais adequada para reprimir o ato contrário ao Direito, a qual, no entanto, fica limitada à esfera cível, já que desprovida da tipicidade exigida para que haja incidência das sanções penais.

⁷⁴¹ CUNHA DE SÁ, op. cit., p. 649-650.

⁷⁴² NANNI, op. cit., p. 760.

⁷⁴³ NOVOSKI, op. cit., p. 174.

4 HIPÓTESES DE EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO POTESTATIVO EXTINTIVO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Concebendo-se o artigo 187 do Código Civil como eixo central que ordena o sistema de coibição do exercício abusivo de direitos, tanto por ato comissivo quanto por omissivo, formalmente legítimo, mas materialmente contrário aos valores tutelados pelo Direito, oportuno demonstrar, em rol exemplificativo, como a aplicação da teoria do abuso do direito nas relações privadas, especialmente no tocante à extinção dos contratos, é apta para coibir o mau uso de um direito reconhecido pela ordem jurídica.

Dado que a disciplina das cláusulas contratuais firmadas em supostos contratos paritários – os contratos interempresariais assim o são considerados, doutrinária e jurisprudencialmente – com freqüência, é possível detectar que encerram indevida sujeição de uma parte à outra, mesmo nas hipóteses de abuso do direito. Logo, identificar situações corriqueiras em que o abuso ocorre é o primeiro passo para as regras relativas às sanções ao ato abusivo sejam aplicadas, na tentativa de serem restabelecidos os laços de equilíbrio e funcionalidade dos contratos empresariais.⁷⁴⁴

A par dos conceitos até aqui delineados, em especial, a atual concepção de negócio jurídico inserido em relações jurídicas complexas, sua sujeição aos princípios informativos constitucionais e a inexistência de direitos absolutos, podem-se delinear algumas hipóteses – meramente exemplificativas – de que o exercício inadmissível do direito potestativo extintivo pelo seu respectivo titular merece ser coibido, como forma de reequilíbrio e salvaguarda dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica. Afinal,

⁷⁴⁴ O presente capítulo, diversamente dos demais, tem por finalidade identificar hipóteses de aplicação da teoria do abuso do direito frente à extinção dos contratos, o que se opera por meio do exercício do direito potestativo extintivo, bem como amearhar elementos hábeis a acarretar a relativização do poder de extinção de um determinado negócio jurídico, frente ao disposto no artigo 187 do Código Civil. Para elucidar a relativização do direito potestativo extintivo em situações concretas e demonstrar a operabilidade da teoria, serão selecionados, aleatoriamente, alguns contratos empresariais para análise da forma como o jurista deve proceder para identificar a existência, ou não, de abuso. Mesmo porque, seria impossível relacionar todas as hipóteses em que o exercício inadmissível de posições jurídicas daria ensejo à incidência do artigo 187 do Código Civil que, conforme já se expôs, demanda análise episódica de cada situação jurídica para que se possa aferir sua aplicação.

se o abuso do direito se revela na conduta em conformidade com uma regra permissiva e contrária a um princípio [...] não há razão para sustar-se *a priori*, a aplicabilidade do ordenamento, considerado como um todo íntegro, só porque se trata de um direito que se singulariza pela independência de colaboração da contraparte afetada. Não há, aí, um salvo-conduto contra a proibição de discriminar a boa-fé objetiva, os direitos fundamentais, o respeito à dignidade humana, etc.⁷⁴⁵

Daí que a análise de algumas hipóteses de aplicação da teoria do abuso do direito, relativizando o exercício do direito potestativo extintivo, é útil para elucidar a necessidade premente dos juristas aplicarem o Direito de modo a coibir o exercício inadmissível de posições jurídicas, tendo em vista, sobretudo, a funcionalidade dos direitos e os princípios solidaristas tutelados no texto constitucional.

4.1 BOA-FÉ E EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS

Embora não existam critérios fechados para a verificação das hipóteses de abuso do direito pelo seu titular, dada a necessidade de aferição de sua existência somente no caso concreto, a doutrina identificou algumas hipóteses em que mais corriqueiramente é detectado o “exercício inadmissível de posições jurídicas”⁷⁴⁶, todas fortemente ligadas às funções da boa-fé⁷⁴⁷ e que objetivam controlar a atuação dos agentes, mediante a atribuição de padrões de funcionalidade econômica e atingimento de sua finalidade econômico-social.⁷⁴⁸

Nessa seara, a boa-fé coloca-se como princípio operativo que tutela a confiança das relações jurídicas como um todo⁷⁴⁹ e reprime o exercício inadmissível de posições jurídicas, visando a atribuir maior funcionalidade aos direitos

⁷⁴⁵ WANDELLI, Leonardo. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004. p. 337. Grifos no original.

⁷⁴⁶ A expressão é utilizada por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro para designar o exercício do ato abusivo (MENEZES-CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007 (coleção de teses). p. 661 e ss.).

⁷⁴⁷ A maior amplitude dada à teoria do abuso do direito frente ao princípio da boa-fé decorre do fato de que esta vem sendo objeto de inúmeros estudos científicos, explorados de forma linear há décadas, cujo desenvolvimento sistematizado atingiu tão elevado grau de profundidade, funções e desdobramentos que a cláusula geral serve, hoje, para balizar a regularidade de todos os negócios jurídicos, sendo dotada de grande autonomia. Quanto aos demais elementos constantes do artigo 187 do Código Civil – bons costumes e fim econômico ou social – por serem mais voláteis, com maior dificuldade para apreensão científica de seus critérios, ainda têm sua aplicação restringida à análise de cada caso concreto.

⁷⁴⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 266.

⁷⁴⁹ Afinal, como bem pondera Carlyle Popp, “a idéia de confiança reflete, assim, a importância do comportamento das partes dentro do tráfego jurídico. Reflete mais, uma preocupação social e solidarizante.” (POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001 (Pensamento jurídico, v. 3). p. 116).

reconhecidos pela ordem jurídica, não apenas em seu caráter lógico-formal, mas, sobretudo, em seu aspecto axiológico-material, o que significa que o conjunto de elementos que integram a boa-fé – entre eles a confiança, a legítima expectativa, a ética, a lealdade, a transparência, a probidade e correção no tráfico jurídico etc. – servem como parâmetro à aplicação da teoria do abuso do direito no caso concreto, eis que são aptos a balizar a licitude do ato.^{750,751}

As formas mais comuns de exercício inadmissível de posições jurídicas, tratadas pela doutrina, são a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *supressio*, a *surrectio*, a inalegabilidade de nulidades formais e o desequilíbrio no exercício jurídico, a seguir tratados:

A *exceptio doli* surgiu no Direito Romano com o escopo de evitar injustiças processuais, mas tinha cunho eminentemente subjetivo, pois tinha a prerrogativa de paralisar a ação praticada dolosamente por um indivíduo⁷⁵². Já no século XX, teve seus postulados revisitados principalmente pela jurisprudência alemã, passando a integrar uma forma de tutela a direitos materiais, à boa-fé, à confiança e aos bons costumes.⁷⁵³

Atualmente, a *exceptio doli* é entendida como a atitude dolosa que coloca outra pessoa em manifesta desvantagem⁷⁵⁴; refere-se ao “exercício do direito feito de maneira maliciosa e contrária à confiança provocada na outra parte”⁷⁵⁵, fato que confere à contraparte o direito de oposição ou resistência, de fazer paralisar o ato praticado em manifesta contrariedade à boa-fé exercício de tal direito, tendo em vista postulados como confiança, cooperação e lealdade. Com propriedade, Menezes Cordeiro pontua:

A *exceptio* funciona, de facto, sempre que, do recurso a interpretações tendenciosas da lei, da utilização de particularidades formais das declarações de vontade ou do aproveitamento de incompleições em regras

⁷⁵⁰ NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, op. cit., p. 532-533.

⁷⁵¹ Vale relembrar as lições de Menezes Cordeiro, que identifica as funções da boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo, como limitação ao exercício dos direitos subjetivos e como norma de criação de deveres jurídicos laterais ou anexos. (op. cit., p. 407 e ss.).

⁷⁵² PINHEIRO, op. cit., p. 266-267.

⁷⁵³ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 728-733.

⁷⁵⁴ DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 92, v. 817, nov. 2003. p. 75.

⁷⁵⁵ BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 192.

jurídicas, se pretenda obter vantagens não conferidas pela ordem jurídica e desde que tais práticas sejam consideradas contrárias à boa-fé.⁷⁵⁶

Embora Ronnie Preuss Duarte discorde da aplicação da *exceptio doli* no Direito brasileiro, por entender que sua aplicação fica prejudicada frente ao disposto nos artigos 145 e seguintes do Código Civil⁷⁵⁷, não se pode olvidar que, como a exceção se refere a todo e qualquer ato antijurídico praticado com dolo manifesto pelo agente, a *exceptio* encontra espaço para ser aplicada no Direito pátrio, encontrando fundamento tanto no princípio da boa-fé objetiva e seus desdobramentos, quanto na própria funcionalidade dos contratos.⁷⁵⁸

O que importa observar, diante das considerações gerais da doutrina é que, dado o caráter fluido e voltado à antijuridicidade do ato, a *exceptio doli* apresenta-se como importante instrumento para coibir o abuso do direito na extinção dos contratos, principalmente quando esta decorrer de manifesto exercício inadmissível do direito potestativo extintivo por um dos agentes.

A segunda forma de exercício inadmissível de posição jurídica apontada pela doutrina, já com maior amplitude do que a hipótese anterior, refere-se ao *venire contra factum proprium* – venho contra o meu próprio ato – que exprime a reprovação social e moral decorrente da prática de comportamentos contraditórios⁷⁵⁹, que infringem o “espírito da obrigação”.⁷⁶⁰ O *factum proprium* é contrariado por conduta futura praticada pelo mesmo agente. Como o comportamento posterior é manifestamente contrário ao adotado anteriormente – seja em um único ato, seja em reiteração de comportamentos – há quebra da confiança despertada na contraparte ao longo da vinculação jurídica.⁷⁶¹

A tutela da confiança gerada na parte que recebeu o ato praticado como voltado a um determinado fim e valor, mas posteriormente é surpreendida com a mudança de comportamento do outro contraente, tem como fundamento tutelar a “manutenção da palavra, a concepção de lealdade do vínculo, estando profundamente arraigado na justiça pessoal, cujo elemento mais intrínseco é

⁷⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 732. Grifos no original.

⁷⁵⁷ DUARTE, op. cit., p. 75. Em sentido paralelo, Menezes Cordeiro, ao apontar o uso decrescente da *exceptio doli* em razão de sua fluidez, compreensão escassa, aplicação decrescente pela jurisprudência e desinteresse doutrinário. (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 741).

⁷⁵⁸ Nesse sentido, BARACAT, op. cit., p. 193-194.

⁷⁵⁹ NANNI, op. cit., p. 764.

⁷⁶⁰ POPP, op. cit., p. 126.

⁷⁶¹ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 745-746.

verdade”⁷⁶², que nada mais é do que a proteção da legítima expectativa frente à regularidade do trânsito das relações jurídicas negociais como um todo.⁷⁶³

Para a configuração do *venire contra factum proprium*, faz-se necessária a conjugação de alguns elementos, consistentes na prática de um determinado ato que desperte confiança, nos termos em que se encontra tutela na ordem jurídica, a adesão despertada na contraparte, a adoção de atividade, pela contraparte, em confiança ao ato praticado e, por fim, a quebra da confiança, decorrente de conduta contraditória ao fato gerador primitivamente praticado, com manifesta quebra da confiança despertada e o advento de prejuízo para a contraparte.⁷⁶⁴ A confiança despertada é elemento imprescindível para a caracterização dessa modalidade de exercício inadmissível de posição jurídica, a qual é aferida objetivamente.⁷⁶⁵

Conforme bem assevera Menezes Cordeiro, o *venire contra factum proprium* também pode decorrer de omissão prévia praticada por uma das partes, com posterior prática do ato, de molde a acarretar a quebra da confiança⁷⁶⁶, raciocínio absolutamente compatível com a teoria do abuso do direito, já que esta decorre tanto de atos comissivos, quanto de omissivos. Também nessa hipótese, a quebra da confiança é elemento imprescindível para a sua verificação no caso concreto.

O *venire contra factum proprium* evidencia o abuso do direito, por violação aos princípios da boa-fé e da confiança, e tem aplicação no Direito brasileiro, inclusive, com reconhecimento expresso por meio do Enunciado nº 362, da 4ª Jornada de Direito Civil Promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, cujo texto dispõe: “Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai do arts. 187 e 422 do Código Civil.”⁷⁶⁷

Pode ser facilmente identificada nas hipóteses de extinção do contrato quando um dos contraentes manifestar vontade ou praticar condutas compatíveis com a continuidade do negócio jurídico, fazendo com que o outro contraente pratique atos tendentes a fomentar ou agregar valor à sua atividade, em nome da confiança criada, mas, posteriormente, o primeiro contratante optar pela ruptura da

⁷⁶² BARACAT, op. cit., p. 195.

⁷⁶³ POPP, op. cit., p. 123.

⁷⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 471.

⁷⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 759.

⁷⁶⁶ Id. Ibid., p. 747.

⁷⁶⁷ NANNI, op. cit., p. 764. Grifos no original.

relação negocial. Identifica-se abuso do direito e afronta ao princípio da boa-fé em casos como esses, na medida em que a extinção do contrato pode ser formalmente lícita, mas materialmente ilícita, configurando-se hipótese de abuso do direito por afronta manifesta ao princípio da boa-fé, na modalidade *venire contra factum proprium*.

Essa é uma das formas mais corriqueiras de abuso do direito potestativo extintivo, na medida em que refere-se tanto ao exercício inadmissível de direitos, quanto de posições jurídicas.^{768 769}

Já a *supressio* (do alemão, *Verwirkung*, ou seja, caducidade)⁷⁷⁰ diz respeito à inércia manifestada pelo titular de um direito por um longo período – independentemente dos prazos prescricional ou decadencial⁷⁷¹ – fazendo criar a confiança na outra parte de que tal direito não será exercido. Resta configurada pela supressão de determinadas faculdades jurídicas em razão do tempo e da boa-fé⁷⁷², como se tivesse se operado uma forma de preclusão do exercício de um direito, em razão do desinteresse da parte em pleiteá-lo e a criação da justa expectativa e da confiança de que tal direito não seria mais exercido. Assim, “o titular de um direito deve ser ativo no exercício de seus direitos”.⁷⁷³

Eduardo Milléo Baracat assevera, com Díez-Picazo, que os elementos constitutivos da *supressio* são “a omissão do exercício do direito; o transcurso de um período de tempo; e a objetiva deslealdade e intolerabilidade do posterior exercício

⁷⁶⁸ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 769.

⁷⁶⁹ Exemplo de aplicação do *venire contra factum proprium* é importado da seara trabalhista, *in verbis*: “ESTABILIDADE CONTRATUAL E DESPEDIDA OBJETIVA – NORMA INTERNA DO EMPREGADOR – Adesão ao contrato, respeitada a data de admissão. A Estabilidade contratual não é vedada no ordenamento jurídico brasileiro. Embora não tenha previsão legal, é lícito à empresa estabelecer a despedida motivada por causas objetivas. Uma vez estabelecido o regramento interno, o empregador é obrigado a observá-lo, sob pena de quebra do princípio da boa-fé (*venire contra factum proprium*). Coação. Dano moral. A coação nem sempre é constituída de ameaça violenta, bastando que a parte autora do vício vá, paulatinamente, restringindo o espaço de liberdade da outra. Assim como a formação da vontade não ocorre de um momento para outro, caracterizando-se como um processo que se desenrola no tempo, também os vícios de vontade podem ser construídos pouco a pouco. A reclamada poderia discutir a validade da despedida, porque isso é o exercício regular de um direito, mas não poderia usar essa possibilidade como elemento para extorquir uma declaração de vontade não desejada pelos trabalhadores.” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário nº 00220-2003-0290-04-00-4, Porto Alegre, RS. Julgado em 13 dez. 2006. Disponível em <<http://trt4.gov.br>>. acesso em 04 out. 2008).

⁷⁷⁰ PINHEIRO, op. cit., p. 269.

⁷⁷¹ Rosalice Fidalgo Pinheiro esclarece que “enquanto à prescrição e à decadência basta o decurso de certo lapso de tempo, e a inatividade do titular, na *supressio*, tais elementos não se revelam como suficientes, pois é necessário um comportamento em contradição com a confiança gerada na contraparte de que ele não ocorreria. É justamente nesta contradição que reside a deslealdade ou desconformidade com o princípio da boa-fé objetiva.” (PINHEIRO, op. cit., p. 271. Grifos no original).

⁷⁷² NANNI, op. cit., p. 765.

⁷⁷³ Id. *ibid.*, p. 766.

tardio”⁷⁷⁴, sendo ainda imprescindível que o beneficiário esteja cercado de circunstâncias objetivas hábeis a criarem a convicção de que o titular do direito não as exerceria mais⁷⁷⁵ e que o seu exercício pelo titular do direito geraria verdadeira injustiça.

Hipótese típica de *supressio* no Direito brasileiro é a prevista no artigo 330 do Código Civil, segundo o qual “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”, que cria a presunção de renúncia quanto ao local originariamente determinado para a realização do pagamento. Em tais casos, a parte que aceitou receber em local diverso do pactuado não pode invocar essa exceção como motivo hábil a comprovar o inadimplemento contratual da contraparte e pugnar a extinção do contrato. Trata-se de conduta manifestamente abusiva, contrária ao espírito de lealdade e confiança que rege os negócios jurídicos.

Também nos contratos que contêm cláusula resolutiva expressa para o caso de impontualidade do devedor, mas o credor admite, reiteradamente, o atraso no pagamento, aplica-se a *supressio*, tendo em vista que a conduta adotada pelo credor gera no devedor a confiança acerca da inexistência de oposição dos pagamentos atrasados. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a “tolerância do credor, admitindo o atraso no pagamento das prestações devidas, equivale à renúncia aos efeitos da cláusula resolutiva expressa. A manifestação de seu propósito de não prosseguir nessa atitude de condescendência, impõe que interpele, previamente, o devedor.”⁷⁷⁶

Para além dessas hipóteses, a aplicação da *supressio* em casos de abuso do direito é admitida, mas a perda do direito demanda que o seu não exercício seja manifestamente excessivo, segundo as regras da boa-fé, o que deve ser aferido de acordo com o princípio da proporcionalidade⁷⁷⁷. Conseqüentemente, não basta a prática de atos de mera tolerância para sua configuração.⁷⁷⁸

Por sua vez, a *surrectio* (do alemão, *Erwirkung*) dá ensejo ao nascimento de um direito ou uma situação de vantagem em decorrência da inércia ou não oposição

⁷⁷⁴ BARACAT, op. cit., p. 200.

⁷⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 824.

⁷⁷⁶ RTJ 43-777 apud POPP, op. cit., p. 133.

⁷⁷⁷ Isso porque, para cada direito exercido e de acordo com cada caso concreto, o tempo será variável, conforme bem pondera MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 810-811.

⁷⁷⁸ NANNI, op. cit., p. 767.

da parte por um determinado lapso temporal⁷⁷⁹, que também é variável de acordo com o caso concreto. Surge, assim, uma possibilidade em razão da inércia da contraparte, e não uma extinção de direito, como ocorre nos casos de *supsessio*.⁷⁸⁰

Nas palavras de Menezes Cordeiro, ao comentar a aplicação de ambos os institutos no abuso do direito, “*supsessio* e *surrectio* operam contra o titular de um direito por este não dever, no seu exercício, exceder os limites impostos pela boa-fé. O Código exige ainda que o excesso seja manifesto”^{781,782}. Embora ambas se aproximem do *venire contra factum proprium*, e nesse caso exige-se um *factum proprium*, nos dois primeiros, a abstenção já se faz suficiente.⁷⁸³

No *tu quoque*, verifica-se uma constituição desleal de direitos⁷⁸⁴, a qual ocorre tanto quando um contraente adquire um direito de forma infiel, quanto nas hipóteses em que uma parte faz a outra crer possuir um determinado direito.⁷⁸⁵ Ou seja, cria-se um direito que não existe ou induz-se a contraparte a pensar ser titular de um direito com o objetivo de auferir vantagem indevida, tanto em um quanto em outro caso.

Para Ronnie Preuss Duarte, “A locução designa o caso de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio”⁷⁸⁶, ligando-se à idéia de utilização, pelo indivíduo, da própria torpeza para beneficiar-se em um caso concreto. O fundamento principal do *tu quoque* reside na justiça contratual, que veda, justamente em observância ao princípio da confiança, a adoção de contas contraditórias pelas partes; prima-se, portanto, pela harmonia e pela coesão do negócio jurídico.⁷⁸⁷

O abuso do direito emerge da atuação desleal de uma parte em face da outra, induzida a erro, o que acarreta quebra da confiança e, conseqüentemente, da boa-fé objetiva que deve guiar as relações negociais. Aplica-se, assim, o artigo 187 do Código Civil para os casos de extinção do contrato em manifesto *tu quoque*, na

⁷⁷⁹ DUARTE, op. cit., p. 73.

⁷⁸⁰ NANNI, op. cit., p. 768.

⁷⁸¹ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 828.

⁷⁸² Ronnie Preuss Duarte discorda da aplicação da *supsessio* e da *surrectio* no Direito brasileiro, por entender que a existência de regras de prescrição e decadência no Código Civil excluem a incidência de tais institutos (DUARTE, op. cit., p. 73).

⁷⁸³ NANNI, op. cit., p. 768.

⁷⁸⁴ BARACAT, op. cit., p. 207.

⁷⁸⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 274-275.

⁷⁸⁶ DUARTE, op. cit., p. 73.

⁷⁸⁷ POPP, op. cit., p. 130-131.

medida em que um dos contraentes utiliza-se de artil para induzir a outra parte em erro.

Quanto à inalegabilidade das nulidades formais, convém ressaltar que é manifesto o abuso do direito quando um dos contraentes tiver anuído com determinada forma, mesmo que nula, durante a formação e a execução de um determinado negócio jurídico e, posteriormente, não desejando mais manter o vínculo, valer-se de vício formal para afastar sua validade e eficácia.

Os contratos da atualidade devem levar em consideração, além dos valores relativos à boa-fé objetiva e seus desdobramentos, a consensualidade havida entre as partes, desde a fase das negociações preliminares até seus efeitos *post factum finitum*, ou seja, na pós-eficácia das obrigações. Esse fato induz a impossibilidade de um dos contraentes “alegar a nulidade em razão da não-observância da forma”⁷⁸⁸, construção jurídica que tem como fim último evitar injustiças quanto ao conteúdo do contrato e à boa-fé das partes, em razão da forma pela qual o mesmo foi firmado.⁷⁸⁹

Não obstante, nos casos em que, por finalidades teleológicas e não formais, o próprio Direito dispuser sobre a forma como os negócios devem ser firmados entre as partes, sua nulidade há de ser declarada, por apresentar-se como questão de interesse público. O objeto da inalegabilidade de nulidades formais é a tutela da boa-fé e da confiança que deve nortear a relação jurídica mantida entre as partes.⁷⁹⁰

Novamente, é possível identificar a possibilidade de exercício inadmissível de posições jurídicas, inclusive na extinção do negócio jurídico firmado entre as partes, em razão do exercício do direito potestativo extintivo, quando, a despeito da contratação e da execução da avença ao longo do tempo, uma das partes, em flagrante afronta ao princípio da confiança e à boa-fé objetiva, alegar vício de forma como fundamento para a extinção do contrato.

Portanto, também nessa hipótese, a incidência do artigo 187 do Código Civil, com vistas a coibir a prática do ato abusivo, é medida que atende às finalidades da norma e a preservação do próprio negócio jurídico e de seus reflexos no meio econômico e social.

Por fim, quanto ao desequilíbrio no exercício jurídico, que se configura a partir da “manifesta desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e

⁷⁸⁸ BARACAT, op. cit., p. 215.

⁷⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 772.

⁷⁹⁰ Id. Ibid. p. 789-792.

o sacrifício imposto à contraparte, mesmo quando o titular não vise propriamente a molestá-la, nem alcançar outra finalidade diversa daquela a que é destinado o seu direito”⁷⁹¹, há outra hipótese de aplicação da teoria do abuso do direito, na medida em que a boa-fé, a função social dos contratos, bem como o trânsito das relações negociais demanda a proporcionalidade e o equilíbrio entre os propósitos contratados e o direito exercido.

A importância do equilíbrio no exercício jurídico para a aferição da regularidade das relações negociais reside no necessário afastamento da “desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem”⁷⁹², o que constitui importante fator para a manutenção da regularidade do trânsito das relações empresariais, na medida em que é coibido nessa figura o exercício inútil danoso de um pretense direito pelo seu titular.⁷⁹³

Embora o restabelecimento do equilíbrio no exercício diga mais respeito à fase pré-negocial e à execução do contrato, como seus efeitos irradiam para além do contrato e podem ser fator determinante para a sua extinção – seja de forma regular, seja em flagrante abuso do direito – pode-se concluir estar o mesmo abrangido pelo artigo 187 do Código Civil, inclusive, no que se refere à resolução dos contratos. Nesse sentido, Rosalice Fidalgo Pinheiro dispõe que “encontram-se as hipóteses de exercício da exceção de contrato não cumprido ou de sua resolução, por uma falha de pouco relevo, e de modo a causar grande prejuízo para a outra parte”.⁷⁹⁴

4.2 CASUÍSTICA FRENTE CONTRATOS EMPRESARIAIS

Para além das hipóteses de carácter geral, que dizem respeito à aplicação do princípio da boa-fé objetiva no exercício inadmissível de direitos e posições jurídicas, para melhor elucidar o alcance da teoria do abuso do direito, sua aplicação nos contratos empresariais, típicos e atípicos, é medida que se impõe para estimular a confiança e a lealdade das relações jurídicas negociais.

A abordagem a seguir versará tanto sobre os contratos interempresariais típicos e atípicos mais comuns, quanto àqueles relativos às relações em que uma das partes apresenta manifesta hipossuficiência frente à outra – traduzidos no

⁷⁹¹ BARACAT, op. cit., p. 204.

⁷⁹² MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 857.

⁷⁹³ PINHEIRO, op. cit., p. 276.

⁷⁹⁴ Id. *ibid.*, p. 276-277.

contrato de trabalho, no de locação e no de consumo – cuja extinção merece ser balizada por limites axiológico-normativos, a fim de assegurar aos contraentes e aos terceiros afetados pelos negócios jurídicos um ambiente socialmente justo, pautado na ética das relações sociais e na realização dos postulados neoliberais e humanísticos previstos do texto Constitucional.

4.2.1 Abuso do direito e o artigo 473 do código civil

A resilição dos contratos por prazo indeterminado⁷⁹⁵, não raras vezes, é campo fértil para a prática de atos abusivos, tendo em vista a premente possibilidade da parte que detém maior poderio econômico ou superioridade técnica afrontar os postulados da boa-fé objetiva, aos bons costumes e aos fins econômicos ou sociais.

O artigo 473 do Código Civil, inserido na Parte Especial do Código, Livro I, Título V, Capítulo II, Seção I⁷⁹⁶, aplicável aos contratos por prazo indeterminado, inovou a ordem jurídica, eis que não existia previsão similar no Código de 1916. O texto desse dispositivo legal prevê o seguinte:

Art. 473 A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

⁷⁹⁵ A referência aos contratos por prazo indeterminado decorre do fato de que, nos de prazo determinado, sua extinção se opera pelo simples decurso do prazo, pelo adimplemento da obrigação, pelo implemento do termo ou da condição, pelo incumprimento pelo devedor ou ainda em razão de outras previsões expressas constantes na avença ou independentes da vontade da parte (tal como a perda do objeto sem culpa dos contraentes). DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3. p. 156-172. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 2. p. 405-407, 481-492. WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva (com a colaboração do Prof. Semy Glanz), 2004. p. 245-246.

⁷⁹⁶ Os artigos 581 e 682 do Código Civil aplicam igual raciocínio ao determinarem a estipulação de prazo necessário ou suficiente para que se opere a extinção do comodato e do mandato, respectivamente. No direito de empresa, especificamente no que se refere à retirada de sócio da sociedade, o Enunciado 390, editado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal prevê que: “Em regra, é livre a retirada de sócio nas sociedades limitadas e anônimas fechadas, por prazo indeterminado, desde que tenham integralizado a respectiva parcela do capital, operando-se a denúncia (arts. 473 e 1.029).” (MELLO, Cleyson de Moraes. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007. p. 500). Já Jones Figueirêdo Alves acrescenta que a resilição “é permitida nos contratos em que a lei expressa ou implicitamente a reconhece, a exemplo do mandato (art. 682, I), onde a resilição efetua-se por revogação do mandante (arts. 686 e 687) ou por renúncia do mandatário (art. 688), do comodato, do depósito e dos contratos de execução continuada por tempo indeterminado, como sucede por denúncia imotivada nos contratos de locação.” (ALVES, Jones Figueirêdo. In: FIUZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 373).

O artigo contempla a possibilidade de denúncia vazia, que nada mais é do que a rescisão unilateral, por ato de vontade de qualquer dos contraentes, no exercício de sua liberdade contratual, de negócio jurídico firmado por tempo indeterminado, de desvincular-se da avença, desde que observado prazo hábil para que a contraparte se prepare para a extinção do contrato.⁷⁹⁷

Tendo em vista que a transitoriedade é característica do direito obrigacional⁷⁹⁸, já que nenhuma relação jurídica empresarial pode ser concebida *ad eternum*, o dispositivo legal consagra o sentido social atribuído aos negócios jurídicos, pois evita a surpresa, tutela a confiança, a lealdade e fomenta a transparência entre os contraentes.⁷⁹⁹ Para além disso, o parágrafo único do dispositivo legal em comento tutela a parte que tenha feito investimentos consideráveis para a execução do negócio, determinando que seja estipulado prazo razoável para a extinção da relação negocial.

Por “investimentos consideráveis”, deve-se entender tudo aquilo que foi gasto para a montagem e execução do negócio; diz respeito, portanto, à compra de imóveis, máquinas, equipamentos, móveis, reformas, treinamento de pessoal, luvas etc. Quanto mais dispendiosa a atividade empresarial, maior deve ser o prazo para que se opere a rescisão unilateral do contrato, sob pena de, diante de flagrante prejuízo a uma das partes, ainda mais nas hipóteses em que restarem verificados os requisitos constantes do artigo 187 do Código Civil, a extinção do negócio ser judicialmente impedida, ou indenizados os danos sofridos pelo contraente vitimado pelo desfazimento do negócio. Quanto ao advérbio “considerável” constante do artigo, devem ser analisados caso a caso as características do contrato e dos contraentes para que o juiz possa aferir se o investimento é considerável ou não. Tudo depende do poder económico das empresas envolvidas no contrato e das peculiaridades do caso concreto, não existindo fórmula predeterminada para tal fim.

O dispositivo legal, em princípio, afigura-se como importante instrumento para a estabilidade das relações negociais e forma de tutela dos interesses de ambos os contraentes, de maneira a estimular a funcionalidade do contrato, tanto nas relações diretas entre as partes que o integram, quanto com relação a terceiros.

⁷⁹⁷ ALVES, op. cit., p. 373.

⁷⁹⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, v. 1. p. 23-24.

⁷⁹⁹ VENOSA, op. cit., p. 406-407.

A inovação do Código tutela, acima de tudo, a “justa expectativa”⁸⁰⁰ do contraente que firma contrato acreditando o vínculo perdure no tempo e importa em forma de reprimir o abuso do direito. Daí que sua interpretação deve se dar, sempre e independentemente do prazo fixado em contrato, de forma ampla, em tutela da confiança depositada pelas partes ao firmarem a avença.

Explica-se: embora os contraentes possam ter fixado prazo para a denúncia, caso esta se opere nos moldes previstos no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil, a boa-fé e a própria funcionalidade do contrato demandam a fixação de prazo maior, compatível com a natureza e o vulto dos investimentos. Assim, diante da boa-fé entre as partes, e considerando que o dispositivo versa sobre o distrato, o que supõe a inexistência de justa causa ou incumprimento da obrigação para que se opere a sua extinção, imprescindível, para o bom trânsito das relações empresariais o elastecimento de eventual prazo contratual exíguo, para o fim de que haja proporcionalidade e razoabilidade na extinção do contrato, de acordo com os investimentos efetuados pelo contratante sujeito à extinção.

Não obstante, e para além do que consta do texto do artigo 473 do Código Civil, outros fatores devem ser levados em consideração para que a extinção do contrato se opere legitimamente, notadamente, a existência de abuso no exercício do direito potestativo extintivo por um dos contraentes.⁸⁰¹

Conforme já se expôs no Capítulo 2, a atual sistemática jurídica demanda a adoção de uma nova postura do intérprete, menos voltada à aplicação das regras jurídicas, eis que voltadas à efetivação dos preceitos normativos de ordem constitucional e legal, os quais operaram a revisitação de velhos conceitos e a implantação de novos princípios, voltados à humanização das relações sociais, à retomada de padrões valorativos que atribuam equilíbrio entre o econômico e o social, tal como se infere dos artigos 1º, 3º e 170 do texto constitucional.

Para além disso, a adoção dos princípios da eticidade, da operabilidade e da socialidade no âmbito contratual, além de garantir o trânsito entre as finalidades econômica e social dos contratos empresariais, garante que o exercício dos direitos

⁸⁰⁰ BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo código civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 253.

⁸⁰¹ Adotando posicionamento assente na doutrina, de que o direito potestativo é insuscetível de oposição pela contraparte, Daniel M. Boulos, ao referir-se sobre o direito potestativo, afirma que “na realidade, qualquer das partes contratantes, ao exercer o direito de terminar o contrato, interfere na esfera jurídica da outra parte, sem que ela possa se por ao exercício deste direito”. (BOULOS, op. cit., p. 254).

seja pautado por regras tendentes a tutelar os fins axiológico-normativos de cada norma jurídica.

Conseqüentemente, o exercício do direito potestativo extintivo, quando se opera o distrato de um contrato empresarial, na forma prevista no artigo 473 do Código Civil, demanda a revisitação de seus postulados, principalmente à luz do artigo 187 da lei adjetiva, visando a tutelar o direito da parte a quem, em tese, compete a sujeição, diante de manifesta afronta à boa-fé objetiva, à finalidade econômica ou social da empresa e do contrato, bem como, aos costumes, todos abordados no Capítulo 3.

Isso significa que as finalidades econômicas e sociais do contrato em si, os efeitos produzidos entre as partes e terceiros – ou seja, a importância desempenhada pelo negócio jurídico empresarial – bem como os costumes são fatores cuja análise torna-se fundamental para que se possa fixar prazo razoável para a extinção da relação jurídica, ou mesmo para que seja determinada a manutenção do vínculo obrigacional.

Isso porque, diante do exercício do direito potestativo extintivo por um dos contratantes por finalidades outras, que não o mero desinteresse na manutenção do vínculo obrigacional – lembrando que se trata de análise objetiva do ato – a ingerência do Poder Judiciário, com vistas a assegurar a manutenção do vínculo contratual ou, apenas alternativa e subsidiariamente, a indenização da parte lesada pelo exercício inadmissível da posição jurídica de titular do direito potestativo, é medida que se impõe, principalmente se levado em conta o disposto nos artigos 187, 421 e 422 do Código Civil, que tutelam a legítima expectativa, a boa-fé, a confiança, a lealdade, a funcionalidade dos contratos, entre outros padrões de conduta hodiernamente valorizados pela ordem jurídica.

Em decisão proferida pela Quarta Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Cesar Asfor Rocha assim se decidiu tema afeto ao ora debatido:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO COMERCIAL. LEI Nº 6.729/79. RESCISÃO DE CONTRATO. LIMINAR PARA CONTINUIDADE DA CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO. É princípio básico do direito contratual de relações continuativas que nenhum vínculo é eterno, não podendo nem mesmo o Poder Judiciário impor a sua continuidade quando uma das partes já manifestou a sua vontade de nela não mais prosseguir, sendo certo que, eventualmente caracterizado o abuso da rescisão, por isso responderá quem o tiver praticado, mas tudo será resolvido no plano

indenizatório. Ausência do *fumus boni juris*, pressuposto indispensável para concessão de liminar. Recurso conhecido e provido.⁸⁰²

Com propriedade, Daniel M. Boulos critica a decisão supra transcrita por entender que, à luz da previsão constante do artigo 473 do Código Civil “será possível deduzir em juízo pretensão que redunde na atribuição de suspensividade ao direito potestativo extintivo de determinado contratante de colocar fim ao vínculo obrigatório”⁸⁰³, e acrescenta, ainda, que “o que se pretende evitar é que um contratante *abuse do seu direito* de colocar fim ao vínculo jurídico ao qual está adstrito, fraudando uma legítima expectativa do outro contratante.”⁸⁰⁴

A conclusão do jurista mostra-se bastante acertada e denota a necessária conjugação de princípios e valores para que o contrato efetivamente cumpra sua função nos negócios jurídicos empresariais.

4.2.2 Abuso do direito na locação empresarial

Conforme ensinamentos de Arnaldo Wald, a locação é o contrato em que uma das partes se obriga a ceder à outra o uso e gozo de coisa móvel ou imóvel desde que infungível⁸⁰⁵, mediante o pagamento de aluguel, aluguer ou renda.⁸⁰⁶ Atualmente, a locação empresarial encontra-se regulada pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

A Lei de Locações, quando versa sobre a extinção do contrato por denúncia vazia⁸⁰⁷, é possível a relativização do direito potestativo extintivo, seja para a fixação de prazo compatível com a desocupação do imóvel – o que se aplica tanto para o locador, quanto para o locatário – quanto para o fim de impedir a rescisão do contrato, diante das hipóteses de abuso do direito.

Corriqueiramente, as locações empresariais envolvem partes com poderio econômico absolutamente disforme, fato que dá a oportunidade de uma das partes

⁸⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4. Turma. Recurso Especial nº 534.105-MT (2003/0068612-3). Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, julgado em 16/09/2003, publicado no DJ de 19/12/2003, p. 487; RSTJ v. 176, p. 401. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=534105&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 out. 2008.

⁸⁰³ BOULOS, op. cit., p. 255.

⁸⁰⁴ Id. *ibid*, p. 255. Grifos no original.

⁸⁰⁵ Se fungível, o contrato será de mútuo oneroso.

⁸⁰⁶ WALD, op. cit., p. 398-399.

⁸⁰⁷ A denúncia vazia corresponde à rescisão unilateral do contrato de locação, por vontade do declarante, nos contratos por prazo indeterminado. (POPP, Carlyle. *Comentários à nova lei do inquilinato*: lei n. 8.245 de 18.10.1991. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 84).

abusar do direito potestativo extintivo, tal como ocorre no caso da empresa de pequeno porte que, na qualidade de locatária, vê-se sujeita à imposição de condições arbitrárias pelo locador, de grande poderio econômico, para a renovação do contrato de locação ou, do locador que depende da renda oriunda da locação para sua subsistência e torna-se refém do locatário, empresa de grande porte. Tanto em um caso quanto em outro, a parte mais fraca na relação contratual pode se valer do disposto no artigo 187 do Código Civil para a manutenção do contrato locatício e a fixação de condições equânimes para a sua execução.

Assim, nas hipóteses em que o denunciante agir com manifesto abuso do direito, o prazo de trinta dias previsto nos artigos 6º, *caput*⁸⁰⁸, e 57⁸⁰⁹ da Lei de Locações pode tanto ser elástico judicialmente, tendo em vista a aplicação analógica do disposto no artigo 473 do Código Civil, bem como impedido de resilição o contrato, caso demonstrado o não atendimento aos fins econômicos ou sociais do contrato contrariedade aos costumes e ausência de boa-fé objetiva da parte.

Não se trata, convém esclarecer, de impedir a ruptura do negócio jurídico, indistintamente, dado que qualquer extinção contratual causa prejuízo, ao menos a um dos contratantes. O que se busca coibir com a aplicação do disposto no artigo 187 do Código Civil em casos de denúncia vazia de contrato de locação empresarial é a atuação disfuncional e contrária à boa-fé pelo denunciante.⁸¹⁰ Portanto, os requisitos para a configuração do abuso do direito devem estar presentes para que seja possível relativizar esse direito potestativo exercido por uma das partes – seja o locador, seja o locatário –, não bastando a existência de prejuízo econômico para que os termos do contrato se mantenham vigentes.

Indo mais além, Carlyle Popp aponta limitações, inclusive, ao direito da administração pública resilição contrato de locação firmado com particular,

⁸⁰⁸ Art. 6º O locatário poderá denunciar a locação por prazo indeterminado mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta dias.

⁸⁰⁹ Art. 57 O contrato de locação por prazo indeterminado pode ser denunciado por escrito, pelo locador, concedidos ao locatário trinta dias para a desocupação.

⁸¹⁰ Não obstante, a jurisprudência maciça admite a extinção do contrato de locação pela denúncia vazia, sem analisar as condições em que ocorre no caso concreto, tal como faz ver o seguinte julgado: “LOCAÇÃO – IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL – CONTRATO EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO – DENÚNCIA VAZIA – AÇÃO DE DESPEJO – LEI Nº 8.245, DE 18.10.91 ARTIGO 57 – Exegese. O locador de imóvel não residencial, alugado por prazo indeterminado, tem o direito potestativo de notificar o locatário, concedendo-lhe 30 (trinta) dias para a desocupação voluntária do prédio, e, uma vez desatendida a notificação premonitória, assiste-lhe o direito de propor em face do inquilino ação de despejo fundada em denúncia vazia do contrato de locação.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 1986/2001 – (2001.001.01986). Relator Desembargador Wilson Marques, Rio de Janeiro, RJ, julgamento em 15 jan. 2002. Disponível em <<http://tj.rj.gov.br>>. Acesso em 14 out. 2008).

independentemente da observância do prazo da denúncia vazia. Para o jurista, “ainda que haja interesse público relevante, a administração não poderá dar por rescindido unilateralmente o contrato, em prejuízo do locador, pois se assim fizer cometerá ilícito contratual e ficará sujeita ao dever de indenizar”⁸¹¹. Para além do dever indenizatório, o jurista apresenta outra justificativa para a observância do prazo da denúncia vazia, a saber:

O que não é possível é sujeitar o particular ao poder discricionário desta [Administração], sob pena de, entre outras possíveis conseqüências, redução sensível da oferta de imóveis particulares para a utilização do Poder Público. Ou seja, as chamadas cláusulas exorbitantes não incidem nos contratos de locação firmados entre os particulares e o Poder público, quando este estiver na qualidade de locatário.⁸¹²

O raciocínio do jurista encontra-se em consonância com a confiança que, necessariamente, deve reger as relações negociais – inclusive quando envolver a Administração Pública – e denota que a observância aos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade nos contratos de locação é instrumento indispensável para preservação da boa-fé, da funcionalidade e da segurança no tráfego das relações negociais, bem assim, que a observância de tais preceitos nos contratos já firmados cria um ambiente de maior segurança e estabilidade das relações negociais. E o jurista vai mais além: trata dos efeitos da denúncia do contrato de locação não apenas entre as partes, como também no próprio ambiente social, fato que corrobora a aplicação da teoria do abuso do direito nos contratos locatícios não apenas para balizar o rompimento do contrato em si, como também os reflexos decorrentes de tal ato em todo o meio social.

Acrescente-se também que a tutela ordinariamente concedida pela lei é a liberdade de contratar. Portanto, somente em caso de exercício inadmissível de posição jurídica por um dos contraentes é admitida a ingerência do Poder Judiciário com vistas a reprimir tal liberdade. Mas, convém salientar, esta é permitida diante da contrariedade axiológico-normativa do direito formalmente reconhecido para o caso concreto e em nome da supremacia dos princípios constitucionais e contratuais que regem das relações negociais como um todo. Assim, o fundamento para legitimar a ingerência do Poder Público no contrato firmado entre particulares assenta-se na solidariedade e funcionalidade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica.

⁸¹¹ POPP, 1996, p. 62.

⁸¹² Id. ibid., p. 62.

Logo, a denúncia vazia nas locações empresariais, como ato suscetível ao abuso do direito, pode ser relativizada ou mesmo impedida no caso concreto, em nome de razões de ordem pública e de valores mais nobres do que a finalidade egoística dos contratos.

4.2.3 No contrato de distribuição

Os contratos de distribuição disciplinam as relações entre o produtor e o distribuidor e ganharam especial relevância com o crescimento econômico e a industrialização dos países, dada a necessidade de se utilizar mão-de-obra especializada para inserir e manter produtos no mercado consumidor. Tais contratos visam à intermediação do produto entre fabricante e consumidor, buscando-se eficiência ao menor custo possível, como forma de manutenção e desenvolvimento da empresa no mercado econômico.⁸¹³

De acordo com o disposto no artigo 710 do Código Civil, no contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual, sem vínculo empregatício ou de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra e de forma remunerada, a realização de certos negócios em uma determinada área geográfica. Nas hipóteses em que o agente dispuser dos bens a serem negociados, resta caracterizado o contrato de distribuição.

O contrato de distribuição apresenta como elementos essenciais para sua caracterização a determinação do território abrangido, a existência ou não de exclusividade, prazo determinado ou não e a forma como o fabricante deve controlar a distribuição. Traço característico dessa modalidade de contrato empresarial é a existência de cooperação, já que o fabricante distribui seu produto, sem qualquer ônus, para o distribuidor comercializar um produto com nome já conhecido no mercado, de forma a instaurar uma interdependência econômica entre ambos.⁸¹⁴

A distribuição, o consumo e a concorrência, atualmente, têm uma dimensão de grande relevo, graças a um conjunto de fatores comuns. Especificamente no direito da concorrência, existe a tutela dos fornecedores e dos clientes em face das empresas distribuidoras, dado o poder econômico desses agentes no mercado. Com

⁸¹³ MONTEIRO, António Pinto. *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 25-36.

⁸¹⁴ BORGES, Agnes Pinto. *Parceria empresarial e direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 89-95.

isso, os contratos de distribuição interferem nas regras de defesa da concorrência por meio de acordos verticais, pois estruturam juridicamente as relações entre empresas situadas em diferentes níveis da cadeia de produção e distribuição de bens e serviços.⁸¹⁵

Forma-se, como se denota da estrutura e da natureza jurídica dos contratos de distribuição, uma forma de relação jurídica pautada, sobretudo, na boa-fé, na confiança, na lealdade, e na transparência entre os contraentes. Para fins do presente estudo, importa analisar o disposto no artigo 720 do Código Civil, que se assemelha ao artigo 473 da lei substantiva e prevê:

Art. 720 Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de 90 (noventa) dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente.

Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido.

O texto legal se coaduna com o princípio da boa-fé e atenta à funcionalidade dessa modalidade contratual e o peculiar vínculo de confiança existente entre as partes para a sua celebração e execução, além de prever uma forma de evitar que uma das partes seja surpreendida com a imediata extinção do negócio jurídico entabulado, o que não poderia ser diferente, tendo em vista as características do contrato, firmado e executado com inegável espírito de cooperação.

No entanto, justamente em decorrência da necessária cooperação com que os contraentes agem tanto na formação, quanto na execução do contrato – afinal, o contrato visa, a um só tempo, a desenvolver a atividade econômica do fabricante que, com intermediação, pelo agente, do fornecimento da mercadoria a uma rede mais ampla de consumidores, fomenta sua atividade empresarial; e a do agente, que tem a exclusividade territorial da venda de um determinado bem e garante seu desenvolvimento e aprimoramento no mercado econômico, por meio da formação de uma rede de clientes – assim como se passa na rescisão unilateral constante do artigo 473 do Código Civil, nessa modalidade contratual torna-se imprescindível a observância de determinadas regras, que têm por escopo evitar a surpresa de um dos contraentes com a extinção do vínculo obrigacional.

⁸¹⁵ MONTEIRO, op. cit., p. 45-59.

Não obstante, também nessa modalidade contratual, existem hipóteses em que a rescisão do contrato pode se manifestar de forma abusiva, ou seja, contrariamente às finalidades econômicas ou sociais da avença, aos bons costumes ou à boa-fé objetiva. Basta imaginar situações em que ocorre forte gravame a um dos contratantes com a rescisão do contrato pelo outro, tal como a paralisação das atividades do fabricante, sem que se verifique benefício algum ao distribuidor, em casos de frustração de expectativa legítima, em que os prejuízos sociais são demasiadamente pesados, ou mesmo quando os próprios consumidores forem prejudicados com a cessação do contrato.

Discorrendo sobre a aplicação da teoria do abuso do direito na rescisão unilateral do contrato de distribuição, António Pinto Monteiro pontua com presteza que “será de exigir, à luz do princípio da *boa-fé* e da proibição do *abuso de direito*, que o contrato só possa ser denunciado *depois de ter decorrido um período de tempo razoável* – e não imediatamente ou pouco tempo após o seu início de vigência”⁸¹⁶, raciocínio que corrobora a necessidade de tutela dos interesses e da legítima expectativa das partes, inclusive, na extinção dos contratos, frente ao exercício inadmissível do direito potestativo extintivo.

Assim, presente alguma das hipóteses previstas no artigo 187 do Código Civil, apesar do artigo 720 do mesmo Código contemplar previsão expressa de rescisão do contrato de distribuição, esta pode ser sobrestada, impedida ou indenizada judicialmente, conforme o caso concreto.

4.2.4. Outras modalidades de contratos inter-empresariais e abuso do direito

Por fim, convém ressaltar que a relativização do direito potestativo extintivo, quando verificadas hipóteses de exercício abusivo do direito de resilir o negócio jurídico firmado, também se aplica a outras modalidades de contratos tipicamente empresariais, tais como os de comissão⁸¹⁷, corretagem⁸¹⁸, franquia⁸¹⁹, agência⁸²⁰, transporte⁸²¹ etc., onde as partes figuram como colaboradores recíprocos para a

⁸¹⁶ MONTEIRO, op. cit., p. 137. Grifos no original.

consecução de objetivos comuns⁸²², entre eles seu desenvolvimento econômico.

Diante da especificidade cada vez maior de cada um desses contratos e do traço comum que os une, que é a necessidade de cooperação e coordenação dos fatores de produção para que cada contraente atinja seus objetivos próprios e cumpra sua finalidade social e econômica, todos os negócios jurídicos empresariais devem se pautar na regularidade e na boa-fé tendo sempre em mente não mais uma relação de oposição, como outrora se concebeu, mas a união de esforços para a consecução de objetivos paralelos.

Assim é que, quanto mais especializado o tipo de vinculação empresarial, maior a necessidade das partes observarem as finalidades buscadas em cada contrato, de maneira que o exercício inadmissível de posições jurídicas, em tais contratos, passam a ser coibidas pela ordem jurídica que, para cumprir o seu papel, exige probidade e boa-fé nas relações negociais.

Daniel M. Boullos aponta, ainda, para os casos de adimplemento substancial do contrato como forma que “encerra o impedimento do

⁸¹⁷ No contrato de comissão, há outorga de poder pelo comitente ao comissário para que este aliene ou adquira, em nome próprio, bens ao comitente, por conta deste (ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*: mandato, comissão agência e distribuição, corretagem, transporte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (Biblioteca de direito civil. estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v. 2). p. 157-158). Essa modalidade contratual encontra-se regulada nos artigos 693 a 709 do Código Civil.

⁸¹⁸ Na corretagem, as partes contratam a intermediação do corretor, que se coloca de forma parcial ao lado de um dos interessados, trabalhando em prol da consecução do negócio. Somente se obtido êxito é que o corretor faz jus à remuneração pactuada. (ASSIS, op. cit., p. 244-249). O contrato encontra-se disciplinado nos artigos 722 a 729 do Código Civil.

⁸¹⁹ Orlando Gomes define o contrato de franquias como “a operação pela qual um empresário concede a outro o direito de usar a marca de produto seu com assistência técnica para a sua comercialização, recebendo, em troca, determinada remuneração.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 467). Essa modalidade contratual é regulada pela Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994.

⁸²⁰ Para Arnaldo Wald, “contrato de agência ou representação comercial é aquele pelo qual uma pessoa jurídica ou física, sem relação de dependência e em caráter não eventual, se obriga a realizar negócios por conta de outra, em zona determinada e mediante retribuição”. (WALD, op. cit., p. 545). O Código Civil adotou a denominação de “agência” e não mais de “representação comercial”, conforme se vê dos artigos 710 a 721. Diferencia-se do contrato de distribuição porque, neste, o distribuidor tem o bem à sua disposição, enquanto que o agente não o tem. De qualquer sorte, e por elucidativo, convém mencionar que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o direito indenizatório do representante comercial (atualmente, agente), em decorrência da rescisão unilateral do contrato. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 9.505-RS. 4. Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, DF, julgado em 1991, publicado no DJ de 24 fev. 1992, p. 1873; REPDJ 30 mar. 1992, p. 3992. Acesso em 04 out. 2008).

⁸²¹ O contrato de transporte encontra-se regulado nos artigos 730 a 756 do Código Civil, tratando-se de espécie de relação contratual na qual uma pessoa ou empresa se obriga a transportar pessoa ou coisa de um local para outro, mediante o pagamento de preço.

⁸²² ASSIS, op. cit., p. 249-251.

*rompimento do contrato em razão do inadimplemento irrisório das obrigações de uma das partes*⁸²³, na medida em que, cumprido quase que integralmente o negócio jurídico, o contrato deve atender à sua função social, sendo vedada sua resolução tanto em decorrência da aplicação dos princípios da boa-fé e da confiança, quanto em razão da necessidade de preservação, nas relações negociais, do tráfico econômico. O fundamento apontado pela doutrina para aplicação da teoria do adimplemento substancial reside no fato de que “não haverá inadimplemento imputável para resolver o contrato, quando o adimplemento parcial reflita, com o seu alcance, a pauta da avença, na proporção veemente das obrigações concretizadas”.^{824 825}

⁸²³ BOULOS, op. cit., p. 259. No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, 2000, p. 457-459.

⁸²⁴ ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial (substancial performance) no negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo código civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2006, (Série grandes temas de direito privado, v. 4). p. 406.

⁸²⁵ Inúmeros julgados aplicam a teoria, todas com fundamento na boa-fé e no princípio da confiança.

Nesse sentido, exemplificativamente:

“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. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 272739-MG (2000/0082405-4). Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, julgado em 01 mar 2001, publicado no DJ de 02 abr 2001, p. 299; BCC, v. 200, p. 126; RSTJ. V. 150, p. 398. Disponível em <<http://stj.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2008).

“CIVIL E PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – Reintegração do agravante ao automóvel objeto do contato de *leasing* inadimplido - Súmula 263 do Superior Tribunal de Justiça - Não aplicação - Pagamento substancial do contrato - Inteligência jurisprudencial vedando o manejo da ação de busca e apreensão - Equilíbrio entre as partes - Deve ser dada a oportunidade, para que venha a parte Agravada contestar ou purgar a mora, para em seguida optar pela aquisição ou não do bem arrendado - Agravo não provido - Decisão unânime. Não há nenhum óbice a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, nos termos do art. 273 do Diploma Processual. O manejo da Antecipação de Tutela no presente caso prestigiou exatamente o entendimento do STJ à época, segundo o qual o pagamento antecipado do VRG inviabiliza o uso da Ação de Reintegração de Posse. Contudo, o Agravado deixou de pagar apenas duas das 36 (trinta e seis) parcelas do bem arrendado, o que implica no adimplemento substancial do contrato. Tendo sido o contrato substancialmente honrado, há posicionamento no Superior Tribunal de Justiça, vedando o manejo da ação de busca e apreensão, tudo para se atingir um equilíbrio entre o consumidor e a instituição financiadora (RESP 272739/MG). *Mutatis mutandis*, no caso, apesar de não se tratar de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente e sim de arrendamento mercantil (*leasing*), além de se apurar justiça quanto à possibilidade de permanecer o arrendatário com o bem purgando a mora, deve-se oportunizá-lo, por força do § 2º do art. 54 do CDC, que dispõe sobre a admissão de cláusula resolutiva nos contratos de adesão, desde que seja alternativamente, isto é, de poder manter o negócio. Recurso não provido. Decisão unânime.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravo de Instrumento nº 92263-2. Relator Desembargador Etério Galvão, Recife, PE, publicado no DJPE de 15 dez. 2007. Disponível em <<http://tj.pr.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2008).

Quanto à dependência de uma das partes contratantes e sua subordinação jurídica, Fabrice de Boüard assevera que, frente à necessidade de atuação coordenada dos fatores de produção, a diferença de poder econômico existente entre a grande e a pequena empresa faz surgir a uma especial tutela pela ordem jurídica da parte mais fraca da relação negocial, visto que, mais facilmente suscetível de ser vitimada pelo abuso do direito, faz jus a uma tutela jurídica diferenciada. Embora não seja possível extirpar a subordinação econômica de uma parte à outra, o que é uma consequência natural das relações inter-empresariais, compete ao Direito, ao menos, minimizar os efeitos maléficos dali decorrentes, quando ultrapassados os limites da razoabilidade no desenvolvimento das atividades econômicas de cada ente empresarial, garantindo, assim, que contrato e empresa atendam à função social tutelada pela ordem jurídica.⁸²⁶

Logo, o que se depreende dos novos contornos assumidos pelo negócio jurídico empresarial é que a limitação ao exercício da liberdade contratual operada episodicamente pelo artigo 187 tem como finalidade última o exercício apenas admissível de posições jurídicas, que deve se pautar nos preceitos da confiança decorrente da própria relação negocial, na boa-fé objetiva, nas finalidades econômicas e sociais do contrato, em assim, nos costumes. Tudo isso, somado ao princípio da razoabilidade, deve pautar não apenas a atividade dos juristas, como dos próprios contratantes, no exercício de sua autonomia privada.

4.2.5 Abuso do direito na exclusão de sócio da sociedade

Outra figura que não pode passar despercebida é o abuso do direito decorrente das relações internas da sociedade empresária.

Conquanto seja certo que, em um primeiro momento, a exclusão atenta contra os interesses patrimoniais do sócio, sob um segundo aspecto, não se pode desconsiderar a necessidade de se preservar a estrutura societária, por meio da qual é exercido o direito de empresa.^{827,828}

No âmbito das sociedades anônimas, o abuso do direito pode restar configurado nas hipóteses em que acionistas controladores pratiquem atos de opressão para forçar a saída do acionista minoritário da sociedade – tal como

⁸²⁶ BOÜARD, Fabrice de. *La dépendence économique née d'un contrat*. Paris: LGDJ, 2007. p. 35-95.

⁸²⁷ TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007. p. 360.

⁸²⁸ Convém fazer uma diferenciação sobre sócio, sociedade e empresa. O sócio é a pessoa física que integra a sociedade. A sociedade, por sua vez, é quem integra a empresa, sendo que esta é quem detém a personalidade jurídica e que exerce o direito de empresa.

efetuar chamada de capital, com prazo irrisório para sua integralização, de maneira que os acionistas de menor poderio econômico se vejam forçados a se retirar da sociedade –, mediante pagamento de valores irrisórios ou aviltados pelas ações, ou aplicando formas de coação econômica, como nos casos de ameaça de prejuízos financeiros substancial. Nesses casos, faz-se necessário detectar, analisando concretamente a situação fática, se o ato praticado pelos acionistas controladores decorre das necessidades do jogo de mercado ou se há afronta aos limites axiológico normativos, com manifesto exercício inadmissível de posições jurídicas.⁸²⁹

Amoldando-se o ato nos casos do artigo 187 do Código Civil, a intervenção do Poder Judiciário se mostra substancial, seja para garantir a permanência de tais sócios no quadro societário da empresa, principalmente com a adoção de tutelas materiais tendentes a obstar a prática do ato abusivo pelos sócios majoritários, seja, conforme o caso, fixando-se indenização ao sócio excluído.

No campo das sociedades limitadas, a *affectio societatis*⁸³⁰, requisito para a formação, manutenção e dissolução da sociedade empresária, apresenta-se como fator limitativo da ingerência judicial, merecendo os casos de exclusão de sócio, judicial ou extrajudicialmente, maior acuidade de tratamento, tendo em vista as dificuldades decorrentes da obrigatoriedade de manutenção de vínculo jurídico entre pessoas que compõem a sociedade que forma a empresa.

Ao prever, no artigo 1.030, que "Ressalvado o disposto no *caput* do artigo 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente", o Código Civil limita, em um primeiro momento, a possibilidade de exercício abusivo do direito de exclusão de sócio da sociedade, tendo em vista a exigência de justo motivo para tanto. Não obstante, por tratar-se a falta grave de conceito jurídico indeterminado, compete ao prudente arbítrio do juiz identificar a efetiva existência de falta grave de molde a efetivamente tutelar o regular desenvolvimento das atividades da empresa.

⁸²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo código civil: questões controvertidas: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2006, (Série grandes temas de direito privado – v. 6). p. 539.

⁸³⁰ Para Waldirio Bulgarelli, a *affectio societatis*, "além de se constituir numa declaração de vontade formal e expressa revela uma intensidade maior, um *plus*, em relação às dos demais contratos. É que ela pressupõe não apenas a vontade de ingressar na sociedade, mas também de participar, na comunhão do escopo comum." (BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 26).

Por sua vez, o artigo 1.085 do Código Civil⁸³¹ abarca em seu texto flagrante possibilidade de exercício inadmissível de posições jurídicas pelos sócios majoritários, assim entendida a maioria do capital social.

Embora o texto do artigo 1.030 condicione a exclusão de sócio à existência de uma justa causa, o que evidencia o objetivo de tutela do sócio minoritário⁸³², na hipótese do artigo 1.085, o mesmo não ocorre, fato que dá ensejo à prática de atos abusivos por aquele ou aqueles que detêm o capital social, mesmo que a exclusão do sócio acarrete sério gravame à empresa.

Concebendo-se que a maioria societária (não se trata de número de sócios, mas de percentual de quotas da sociedade) não deseja mais ter no quadro social da empresa um determinado sócio, o caso demandará a análise, de um lado, dos direitos patrimoniais desse sócio e a obrigatoriedade, ou não, de manutenção do vínculo contratual em uma sociedade onde a *affectio societatis* mostra-se ausente e, de outro, a saúde e a própria solidez da empresa, como ente titular de direitos que desempenha importante função social e econômica no mercado.

Em casos tais, a solução do problema demanda ou a transferência da administração da sociedade para terceira pessoa, que não integra o quadro social, ou a adoção de medidas tendentes a obstar a prática de atos que venham a excluir o sócio da sociedade – tutelas específicas – ou, ainda, a efetiva exclusão do sócio, mediante pagamento de indenização e levantamento dos haveres a que ele tem direito.

O que importa observar nesses casos é a dificuldade em o Magistrado encontrar o necessário equilíbrio e sopesar até que ponto a *affectio societatis* rompida pode obrigar as partes a se manterem vinculadas, mesmo nas hipóteses em que restar caracterizado o abuso do direito. Ausente o espírito de colaboração entre os sócios de sociedade limitada, sua administração mostra-se sobremaneira dificultada, exceto se possível sua realização por meio de administrador não-sócio.

Por outro lado, dada a finalidade econômica e social da empresa e seus reflexos para a sociedade como um todo – notadamente, em razão da natureza,

⁸³¹ Art. 1.085. Ressalvado o disposto no artigo 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

⁸³² ANTUNES JUNIOR, Antonio Carlos. Da exclusão do sócio na sociedade limitada: novo código civil. *Jus navigandi*. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4147>>. Acesso em: 11 out. 2008.

importância e essencialidade da atividade empresarial por ela explorada – existem casos em que a manutenção do sócio no quadro societário demanda, sim, a aplicação do disposto no artigo 187 com vistas a manter incólumes as relações societárias internas, em prol de um bem comum, que vai além dos interesses egoísticos dos sócios que compõem uma determinada sociedade empresária.

4.2.6 Abuso do direito na extinção do contrato de trabalho

O Direito do Trabalho é campo fértil à aplicação da teoria do abuso do direito, notadamente, em decorrência do exercício inadmissível do direito potestativo extintivo pelo empregador, decorrente do modo ou das condições que ensejaram a rescisão do contrato de trabalho.

Ao tratar do rompimento contratual abusivo, Edilton Meireles ressalta que “a despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação”⁸³³, referindo-se aos direitos reciprocamente devidos entre as partes em decorrência da ruptura imotivada do contrato de trabalho.⁸³⁴

A despedida sem justa causa por iniciativa do empregador, prevista no artigo 477, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho⁸³⁵ é objeto de divergência na

⁸³³ MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2004. p. 198.

⁸³⁴ O jurista, no entanto, não considera que a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador seja direito potestativo, pois entende que o fato da legislação penalizar a parte responsável pela extinção do contrato de trabalho com o pagamento de indenização, já impõe, automaticamente uma obrigação reparatória. Sustenta, que, se o empregador não tem o direito de despedir arbitrariamente seus empregados, não há falar em exercício abusivo do direito de despedir (MEIRELES, *op. cit.*, p. 199). Igual entendimento foi adotado pelo Ministro Celso de Mello, ao julgar a ADIn nº1.480-3-DF (STF Pleno – ADIn 1.480-3-DF – rel. Min. Celso de Mello). No entanto, não se compartilha de tal raciocínio, tendo em vista a estrutura formal do direito potestativo e da imposição de um dever jurídico na contraparte e o fato de que a imposição de limites ao exercício do direito potestativo extintivo não significa a sua supressão. O que o artigo 7º, I, da Constituição fez, nada mais foi do que conferir maior tutela à parte prejudicada com a rescisão do contrato de trabalho, o que em nada afeta a natureza jurídica do direito exercido, que continua sendo potestativo. Sobre o tema, discorre com propriedade WANDELLI, *op. cit.*, p. 332-340; BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 257-259.

Sobre o tema, a jurisprudência é remansosa no sentido de conceber a rescisão do contrato de trabalho como exercício de direito potestativo, tal como se vê do seguinte julgado: “EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – APOSENTADORIA – A terminação do contrato de emprego por iniciativa de uma das partes caracteriza o exercício de um direito potestativo. A despedida (iniciativa do empregador) ou a demissão (iniciativa do empregado) são o exercício do direito potestativo no âmbito do direito do trabalho [...]” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). Recurso Ordinário nº 00501-2007-003-04-00-8. Relator Juiz Francisco Rossal de Araújo, Porto Alegre, RS. Julgado em 13 dez. 2007. Disponível em <<http://trt4.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2008).

⁸³⁵ Art. 477 É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o

doutrina, tendo em vista que limitada a previsão constante da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, realizada em Genebra⁸³⁶, tratado multilateral que exige a existência de justa causa para que haja a ruptura do contrato de trabalho.⁸³⁷

A Convenção não é adotada no Brasil, tendo em vista que, embora ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992, e publicada na forma do Decreto nº 1.855, de 11 de abril de 1996, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-3-Distrito Federal, que o texto do Decreto se choca com o texto constitucional, o qual prevê, em seu artigo 7º, inciso I, a possibilidade de qualquer das partes, sem justa causa, colocar termo ao contrato de trabalho, desde que efetuado pagamento de indenização compensatória e dos demais direitos devidos reciprocamente entre as partes.^{838,839}

Para além da discussão acerca dos motivos que ensejaram a não adoção do Decreto nº 1.855/96⁸⁴⁰, o que importa asseverar é que, em leitura sistemática do texto constitucional, o direito potestativo extintivo do empregador encontra limites em outros direitos fundamentais e valores tutelados pelo ordenamento jurídico, entre os quais a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a livre iniciativa, a

direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

⁸³⁶ A redação original do artigo 4º do Tratado é a seguinte: “*Artículo 4. No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.*” Em livre tradução: “Artigo 4. Não se poderá colocar fim à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para tanto uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou sua conduta ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”

⁸³⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Aspectos controvertidos da convenção OIT-158. *Revista LTr*: suplemento trabalhista. São Paulo, LTr, 1996, a. 32, n. 106/96, p. 611.

⁸³⁸ Nos casos em que o contrato de trabalho é rescindido por iniciativa do empregador, este é penalizado com o pagamento ou a concessão de aviso prévio ao empregado, além de multa do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, entre outras prerrogativas concedidas ao empregado. Por sua vez, quando a iniciativa pela extinção do contrato parte do empregado, este é quem fica obrigado ao pagamento de aviso prévio ao empregador (trabalhado ou remunerado).

⁸³⁹ No voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, relator da ADIn, é feita referência ao fato de que a inconstitucionalidade declarada não se referiu à Convenção nº 158 da OIT, mas sim ao Decreto Legislativo nº 68/92 e ao Decreto nº 1.855/96, sob a justificativa de que o ato internacional de caráter multilateral não se sujeita à Constituição Federal, postura que denota o reconhecimento da soberania da Convenção, mas que esta, inserida na sistemática jurídica brasileira, não é passível de aplicação, tendo em vista a estrutura hierárquica das normas jurídicas então adotadas.

⁸⁴⁰ Os quais, atualmente, diante das reformas implantadas no texto constitucional após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, permitiriam a adequação do Decreto à Constituição Federal, conforme previsão contida no artigo 5º, § 3º do texto constitucional, mas demandam nova submissão do tema à mesa do Congresso Nacional para nova ratificação e nova publicação de Decreto para entronização da Convenção no Direito pátrio.

construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, o direito ao trabalho como fundamental.⁸⁴¹ Nesse sentido, Leonardo Wandelli assevera, com propriedade, que

vem sendo reiterada leitura isolacionista e literalista do art. 7º, I, esterilizando suas potencialidades significativas coerentes com o sistema. Segundo essa compreensão, o citado dispositivo produziria, como únicos efeitos, a revogação de qualquer óbice ao direito de despedir do empregador, que não a indenização de que trata o art. 10 do ADCT e as restrições estabilatórias expressamente previstas na Constituição.⁸⁴²

Ou seja: a despeito da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho não ter sido entronizada no Direito brasileiro, a limitação ao exercício inadmissível da posição jurídica de empregador ao efetuar despedida arbitrária encontra fundamento dentro do próprio texto constitucional, inclusive, na finalidade econômica e social da empresa e do próprio contrato de trabalho⁸⁴³. Assim é que, apesar de, atualmente, os empregados não gozarem de tutela tão ampla quanto aquela abarcada pelo texto do tratado multilateral, inegável que o direito potestativo extintivo do empregador não é mais concebido como direito absoluto, impondo-se sua relativização no caso concreto, quando evidenciada a existência de abuso no exercício de tal direito.^{844, 845}

A esse respeito, oportunos os ensinamentos de Leonardo Wandelli, para quem,

⁸⁴¹ WANDELLI, op. cit., p. 324.

⁸⁴² Id. *ibid.*, p. 324.

⁸⁴³ Nesse sentido, BARACAT, op. cit., p. 259.

⁸⁴⁴ Lê-se, em jurisprudência, que: “DIREITO POTESTATIVO DE RESILIR O CONTRATO – ABUSO. O exercício pode mostrar-se abusivo. Despedido o empregado face a convicção política que possui, forçoso é concluir pela nulidade do ato e conseqüente reintegração, com o pagamento dos salários e vantagens do período de afastamento. A liberdade política é atributo da cidadania, não passando o ato patronal pelo crivo da Constituição, no que encerra, em torno do tema, garantias mínimas do cidadão.” (Ag-E-RR, n. 3427, ac. 1.810/89, da SDI, DJU de 22.9.89, p. 14.864). (MEIRELES, op. cit., p. 201).

⁸⁴⁵ Nesse sentido, lê-se, em jurisprudência: “EMPREGADO PORTADOR DE HIV – DISCRIMINAÇÃO – DESPEDIDA ARBITRÁRIA – RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR – PERDA DO DIREITO À DENÚNCIA VAZIA DO CONTRATO DE TRABALHO – Provado que o trabalhador era portador do vírus HIV (vírus da imunodeficiência humana) na execução do contrato de trabalho e a ciência do empregador, presume-se discriminatória a despedida quando o empregador não comprova motivações de ordem técnica, disciplinar, econômica ou financeira. A situação do portador do HIV (vírus da imunodeficiência humana) requer da sociedade um tratamento compatível e peculiar ao seu estado de saúde, razão pela qual se relativiza o direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho, ficando esse na impossibilidade de realizar a denúncia vazia. Reintegração no emprego determinada. Apelo provido [...]” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. (4. Região). Recurso Ordinário nº 00672-2005-661-04-00-5. Relatora Juíza Maria Helena Mallmann. Porto Alegre, RS, julgado em 14 dez. 2006. Disponível em <<http://trt4.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2008).

o que se quer salientar, apenas, é que, uma vez concebido o direito de despedir mediante o pagamento da indenização como um direito potestativo *prima facie* do empregador e estabelecida a sua amplitude em abstrato, isso não significa que seu exercício concreto seja impermeável a restrições advindas do restante das normas válidas do ordenamento, ante as quais são potencialmente relevantes dados como os motivos, critérios e efeitos de seu exercício.⁸⁴⁶

Com isso, diante da prática de atos em manifesto abuso do direito, os quais evidenciem afronta aos fins sociais ou econômicos da empresa, à boa-fé objetiva e aos bons costumes, o empregado deve fazer jus à permanência ou à reintegração no emprego, ou ainda, à indenização pelos danos decorrentes do exercício inadmissível de posição jurídica pelo seu empregador.⁸⁴⁷

4.2.7 Abuso do direito na extinção dos contratos de consumo

Quanto à aplicação da teoria do abuso do direito nas relações de consumo, uma observação preliminar se impõe: a tutela legal constante do artigo 51 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990⁸⁴⁸ é diversa e mais específica do que a

⁸⁴⁶ WANDELLI, op. cit., p. 335. Grifos no original.

⁸⁴⁷ Exemplo das sanções à despedida abusiva pode ser extraída do seguinte julgado: “ATO PATRONAL DE DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA: ALEGAÇÃO DE DESVIO DE CONDUTA DO OBREIRO: NÍTIDA INCONSISTÊNCIA: ABUSO DO DIREITO POTESTATIVO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL PELO EMPREGADOR PARA OCASIONAR PREJUÍZO À IMAGEM DO OBREIRO PERANTE CONCORRENTES: EFEITO: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – O direito potestativo de resilição contratual confiado à empresa não pode ser usado com desvio para constituir em abuso e prejuízo à imagem do obreiro. A consideração fútil de justa causa para a demissão, em caráter inconsistente, com nítida intenção de prejudicar a imagem do obreiro mediante empresas concorrentes de modo a inviabilizar sua colocação nestas, denota atuação repudiável e enseja, considerada a divulgação indevida de fato inconsistente prejudicial ao obreiro, na reparação do dano por este sofrido no plano moral, mediante a devida indenização. No caso, a Reclamante, após indicar intenção de se desligar do Banco Reclamado para ingressar em quadro de instituição bancária concorrente, inclusive assim pedido demissão, foi acusada de prática grave na condução de recursos financeiros, com divulgação imprópria do fato inexistente por ato de seu empregador, assim ensejando perda da proposta de contratação e dano à imagem por indevida indicação de falta de conduta ilibada, com repercussão no mercado financeiro em que atuava. Situação diversa do exercício regular do direito potestativo de resilição contratual entregue ao empregador, ante o abuso no exercício de tal prerrogativa contratual no âmbito trabalhista: Ocorrência de dano moral inequívoco a partir da atuação patronal com necessidade de devida reparação mediante indenização pelo dano moral resultante na perda de imagem pela Reclamante perante o mercado financeiro. Recurso empresarial conhecido e desprovido.” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região). Recurso Ordinário nº 00581-2005-015-10-00-7. Relatora Juíza Heloisa Pinto Marques. Brasília, DF. Julgado em 06 dez. 2006. Disponível em <<http://trt10.gov.br>>. Acesso em 12 out. 2008).

⁸⁴⁸ Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de

decorrente da aplicação da cláusula geral inserta no artigo 187 do Código Civil, tendo em vista que, no primeiro caso, a tutela ao consumidor decorre da existência de cláusulas abusivas⁸⁴⁹ no contrato de consumo e decorre da situação de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor de produtos ou serviços. Conseqüentemente, a análise da existência de abuso ou não leva em consideração o desequilíbrio entre direitos e deveres reciprocamente reconhecidos entre as partes de tais relações contratuais.⁸⁵⁰

Por sua vez, os casos de abuso do direito regulados pelo artigo 187 do Código Civil encontram aplicação somente nos casos em que se fizerem presentes seus elementos materiais, quer dizer, quando houver manifesta afronta à boa-fé objetiva, aos fins econômicos ou sociais, ou aos bons costumes. Trata-se de forma

consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

⁸⁴⁹ Para Nelson Nery Junior, cláusula abusiva “é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca da relação contratual”. (NERY JUNIOR, Nelson; et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 400).

⁸⁵⁰ MARTINS-COSTA, 2006, p. 514.

de tutela, a um só tempo, mais fluida, pois abarca uma diversidade de hipóteses de atuação contrária aos valores tutelados pelo Direito, e mais específica, tendo em vista a necessidade do abuso ser manifestamente contrário à boa-fé, aos fins econômicos ou sociais ou aos bons costumes para que se torne aplicável nas relações paritárias.

Com isso, o *plus* decorrente da maior abrangência dessa cláusula geral constante do Código Civil, torna-se um *minus*, se comparado com o disposto no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. No primeiro caso, a verificação do abuso do direito demanda que o ato seja manifestamente abusivo, no segundo, a especialidade da regra, decorrente da presunção de vulnerabilidade do consumidor e a incidência de um sistema diferenciado de princípios garantem uma forma de tutela diferenciada aos consumidores.

Decisão sobre o desacerto na aplicação da teoria do abuso do direito na extinção dos contratos e que merece destaque é a proferida no julgamento da Apelação Cível nº 1.142.169-0/5 (01723312), pela 25ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa é a seguinte:

Apelação – Ação de indenização por danos material e moral – Seguro de vida em grupo – Segurado idoso – Recusa da seguradora à renovação do contrato. [...] 2. Renovação compulsória do contrato de seguro de vida – Inadmissibilidade – Tese que, embora sedutora, não tem efetiva base legal e implica retirar do contrato de seguro sua principal característica, a de consubstanciar negócio aleatório – Contrato concebido e prêmio dimensionado, com efeito, no pressuposto de que é eventual a verificação ou não do evento que dá ensejo à contraprestação a cargo do segurador – Existência, ainda a propósito, de normas legais específicas prescrevendo a delimitação do risco e do prazo de vigência da cobertura e, portanto, a faculdade e o segurador não renovar o contrato na hipótese de exacerbação do risco – Inocorrência de desrespeito ao direito do segurado/consumidor à informação, pois em questão pressupostos elementares da disciplina jurídica do contrato de seguro, enunciados, ademais, em específicas cláusulas contratuais, a duração limitada da cobertura e a faculdade da não renovação – Prêmio pago pelo segurado ao longo de anos não evidenciando abusividade ou iniquidade na ruptura da relação, já que tais pagamentos se prestaram a custear uma utilidade em potencial, como é próprio em negócios do gênero – Interesse na proteção do segurado idoso contra a injustiça aparente do quadro reclamado e edição de lei específica – Ausência de ilicitude na conduta do segurador. 3. Demanda improcedente – Sentença reformada para isso proclamar. Apelação a que se dá provimento.⁸⁵¹

⁸⁵¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1.142.169-0/5 (01723312). 25ª Câmara Cível. Relator Desembargador Ricardo Pessoa de Mello Belli, São Paulo, SP. Julgado em 29 abr. 2008. Disponível em <<http://tj.sp.gov.br>>. Acesso em 04 out. 2008.

A decisão em comento revela o desacerto havido com relação ao direito de o consumidor ter renovado contrato cativo de longa duração, após anos de vigência contratual, no qual a seguradora, em manifesto abuso do direito e diante da iminência da ocorrência do evento contratado – morte do segurado em razão da idade – nega-se a renovar o contrato, alegando como fundamentos princípios contratuais liberais, que foram substituídos por princípios solidaristas e pela funcionalização do sistema jurídico como um todo. A negativa da seguradora afronta manifestamente a boa-fé objetiva e a confiança depositada pelo consumidor de renovação sucessiva do contrato eminentemente de risco. O julgado apresenta-se como evidente negação não apenas da teoria do abuso do direito, como de tutela jurisdicional aos indivíduos, já que negados os princípios éticos que devem guiar toda e qualquer relação negocial, notadamente, a de consumo.

Outra diferenciação decorrente das previsões contidas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil reside no fato de que o primeiro prevê sanção específica para o ato abusivo – a nulidade – e, no segundo caso, a sanção é escolhida entre a mais compatível com o caso concreto⁸⁵², fato que dá maior segurança ao consumidor, no primeiro caso, e maior abrangência ao instituto, no segundo. Não se tratam, contudo, de dispositivos contraditórios ou excludentes, mas de tutelas jurídicas diferenciadas, tendo em vista o destinatário da norma e a natureza jurídica da relação negocial.

Também merecem destaque os casos em que o consumidor age com abuso do direito em face da empresa. O artigo 4º, inciso I⁸⁵³, do Código de Defesa do Consumidor institui expressamente a vulnerabilidade do consumidor, ao passo que o artigo 6º, VIII⁸⁵⁴ institui a inversão do ônus da prova como instrumento facilitador do exercício do direito de ação pelo mesmo e o artigo 47 prevê textualmente que “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

⁸⁵² FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 150.

⁸⁵³ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

⁸⁵⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Esses dispositivos legais denotam a especial proteção conferida ao consumidor, pois partem da presunção de que este é a parte juridicamente mais fraca e, portanto, vulnerável, na relação de consumo. Em que pese seja verdadeira essa assertiva, já que às pessoas leigas não se pode atribuir a obrigação de conhecerem a fundo as atividades desenvolvidas pelo fornecedor de serviços, que detêm domínio do ramo de empresarial explorado e a quem compete assumir os riscos do negócio, por outro lado, não pode desconsiderar uma realidade assente, em que consumidores aproveitam-se da tutela legal a eles conferida, agindo em manifesto exercício inadmissível da posição jurídica de vulnerabilidade.

Tratam-se de casos em que consumidores oportunistas, diante da especial tutela conferida pela Lei nº 8.078/90, utilizam-se dos mecanismos criados pela lei para coibir práticas abusivas pelos fornecedores, justamente em seu favor: alegando erro, ignorância ou abuso praticado pelos fornecedores, abusam do direito que o Código lhes assegura de facilitação da defesa e da interpretação mais benéfica das cláusulas contratuais.

Referidos comportamentos, no entanto, por revelarem-se como manifesto abuso do direito – muitas vezes, encontra-se presente o espírito emulativo, mas este é dispensável para a aplicação do disposto no artigo 187 do Código Civil, conforme já se expôs – não merecem ser tutelados à luz do Código, já que revelam-se em contrariedade não com um ou outro dispositivo legal, mas sim com o ordenamento jurídico como um todo.

Desta forma, a aplicação da teoria do abuso do direito nas relações de consumo não se destina, exclusivamente, a coibir o exercício inadmissível de posições jurídicas pelo fornecedor, como ao próprio consumidor que, valendo-se da tutela legal a si conferida, excede manifestamente os limites da boa-fé, dos bons costumes, das finalidades econômicas ou sociais do contrato ou, ainda, os próprios ditames de eticidade, operabilidade e socialidade que ditam o desenvolvimento funcionalizado dos direitos.

Esse, o espírito da lei, que deve ser preservado em todo e qualquer negócio jurídico, para que sejam preservados os próprios fins tutelados pelo Direito.

CONCLUSÃO

1 ORDEM ECONÔMICA, CONTRATO EMPRESARIAL E ABUSO DO DIREITO POTESTATIVO EXTINTIVO

Indiscutivelmente, a Constituição Federal de 1988 instaurou novos parâmetros e funções para o Direito, consistentes na compatibilização de direitos fundamentais, objetivos do Estado e realização de valores humanísticos construídos historicamente. Trata-se da repersonalização das relações jurídicas como um todo, que deixaram de ter cunho estritamente patrimonialista, conforme critérios imperantes na época das codificações e do liberalismo econômico, e promoveram a recolocação do homem como centro e destinatário da ordem jurídica.

As transformações advindas da adoção desse sistema, em que se prima pela dignidade da pessoa humana como valor fundante de toda a ordem jurídica, acarretou mudanças substanciais no modo de se conceber e realizar os direitos, eis que sua interpretação e aplicação passou a ser jungida por valores metajurídicos. Com isso, a partir da atual sistemática instaurada, a interpretação do texto constitucional deve se dar de forma a preservar sua integridade e retirar de seus preceitos a máxima eficácia, com observância à sua coesão sistêmica e a necessária compatibilização de direitos que, em princípio – na dogmática estritamente patrimonialista que há poucas décadas acompanhava a formação e a atuação dos juristas – foram concebidos como antagônicos entre si, mas hoje não mais são vistos dessa forma.

Fruto da dialeticidade que constitui a Ciência do Direito e conduz a sua evolução, o pensamento atualmente adotado é fortemente marcado, de um lado, pelos fundamentos sociais que regem todo o texto constitucional – notadamente a valorização do trabalho humano, a erradicação da pobreza, a justiça social – e, de outro, por aqueles que outrora foram concebidos como direitos fortemente marcados por características egoísticas, tais como a propriedade privada e a livre iniciativa. A inserção de todos esses princípios no artigo 170 da Constituição Federal, cuja leitura, interpretação e aplicação não se dá de forma aleatória, mas levando em conta os valores fundantes constantes, em especial, dos artigos 1º e 3º do texto constitucional, denota a compatibilidade e o espírito de complementaridade existente entre eles.

Esse novo modo de conceber o Direito e as relações jurídicas irradiadas pela dignidade da pessoa humana apresenta-se, hoje, como “parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais, obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles”⁸⁵⁵, o que significa que a dignidade se apresenta como princípio imanente, com base no qual todos os demais princípios e valores que constituem a ordem jurídica se edificam, ganham força normativa e vinculam todas as relações jurídicas.

Decorrencia dessa ordem de idéias instaurada no atual texto constitucional é a substituição da figura reificada do homem pela sua centralidade no sistema. A mudança operada, portanto, é substancial: ao mesmo tempo em que toda a pessoa se torna destinatária da proteção, tanto do Estado, quanto das demais pessoas, tendo em vista os demais valores imperantes no ordenamento jurídico, é também responsável pela realização da dignidade dos demais indivíduos.⁸⁵⁶ Esse altruísmo com que cada um deve proceder para que seja assegurado um ambiente solidário e socialmente justo acarreta mudanças substanciais nas relações privadas.

Se na era das codificações o escopo individualista e egoísta dos indivíduos era objeto de proteção pelo ordenamento jurídico, que primava pela tutela aos dogmas da autonomia da vontade e da liberdade, as quais atribuíam ao contrato força de lei entre as partes, admitindo, apenas episodicamente, a ingerência do poder estatal – para a tutela da ordem pública –, a atual ordem de idéias, que prima pela adoção dos princípios solidaristas e a humanização das relações sociais, operaram verdadeira mudança no modo de se conceber as relações jurídicas como um todo. Estas passaram a ser guiadas pelos valores protegidos no texto constitucional, os quais demandam a compatibilização entre interesses privados e sociais; realização de objetivos pessoais e comuns; de maneira que, hodiernamente, o patrimonial cede espaço pessoal e ao social.

Para Claudia Lima Marques, “a nova concepção mais social do contrato o visualizaria – ou revisitaria – como uma instituição jurídica flexível, que é hoje ponto de encontro de direitos constitucionais dos sujeitos envolvidos, alguns merecedores inclusive de serem sujeitos de direitos fundamentais.”⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 124.

⁸⁵⁶ Id. *ibid.*, p. 127.

⁸⁵⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 256.

Não se trata da adoção de traço assistencialista nas relações jurídicas, mas do resgate da ética e da confiança como elementos de substancial importância para garantir a segurança no tráfego na integração econômico-social⁸⁵⁸. Essas características marcam o novo modo de se conceber as relações negociais, que deixaram de ser analisadas como um vínculo estático, atomizado, compostas por elementos fluidos entre as partes e assumiram contornos dinâmicos, que levam em consideração a vinculação existente entre diversos contratos e o surgimento de deveres laterais ou anexos, ao lado da obrigação principal⁸⁵⁹, ao mesmo tempo em que houve o elástico da responsabilidade entre as partes que, atualmente, abrange desde o período pré-negocial até o pós-contratual.

Considerando as evoluções e involuções operadas diuturnamente pelo Direito – já que, nas palavras de Heinrich Ewald Hörster, “uma constante do direito é, portanto, a sua constante renovação”⁸⁶⁰ –, a conduta humana deve respeitar a ordem de idéias que rege o mundo em um dado momento histórico. Com isso, tanto o conceito de empresa, quanto os negócios empresariais têm sua base revista. Com base nesses conceitos, surge a necessidade de tutela legal da empresa, para que estas cumpram as finalidades previstas no artigo 170 do texto constitucional e assegurem a dignidade da pessoa humana, de seus empregados, consumidores, fornecedores [pessoas físicas], como também do próprio sócio empreendedor⁸⁶¹. A dignidade assume acepção ampla, de maneira a assegurar a cada indivíduo uma vivência para além do mínimo existencial tutelado pelo ordenamento jurídico, inclusive nas relações jurídicas negociais.

⁸⁵⁸ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001 (Pensamento jurídico, v. 3). p. 116.

⁸⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 383-386.

⁸⁶⁰ HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 13.

⁸⁶¹ Já se afirmou que: “Portanto, urge reconhecer estar inserido no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana o exercício da livre iniciativa, adotada pelo empreendedor, ao lançar-se no mercado econômico e figurar como sujeito de direito, responsável pelo fomento da economia de um país, criação de empregos e preservação dos valores e princípios sociais previstos na Lei Fundamental, notadamente, em seus artigos 1º, inciso III e 170. [...] Ao prever e assegurar um rol de direitos fundamentais, a Constituição Federal assegura a todos os indivíduos a dignidade, a qual para se realizar, demanda dos aplicadores do Direito a observância do valor social do trabalho e da magnitude desse princípio, aplicável não apenas aos trabalhadores empregados, mas também à categoria dos empreendedores.” (BESTER, Gisela Maria Benitez; OBICI, Renata Cristina. Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à figura do empreendedor. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONPEDI, 16, 2007, Campos dos Goytacazes. *Anais...* Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2007).

A funcionalidade atribuída às empresas com princípios solidaristas encampados no texto constitucional, ao mesmo tempo em que lhes atribui novos contornos, faz com que tais instituições tenham como objetivo desempenhar papel fundamental para o desenvolvimento econômico e social, o que gera reflexos profundos nas relações negociais, que passam a ser guiadas pelos princípios da eticidade, da operabilidade e da socialidade. A função social da empresa, assim, não retira a liberdade do ente de agir em seu próprio interesse, tampouco tem a conotação de penalidade ou de sacrifício social, pelo mero desenvolvimento de uma atividade econômica em busca de lucro, mas atribui-lhe o ônus de gerir seus negócios para além de seus interesses estritamente privados.

Ao mesmo tempo, o resgate da ética e da confiança nos negócios jurídicos, valores indispensáveis para a promoção do desenvolvimento das relações empresariais, inseridas em um contexto humanizado, acarretou mudanças substanciais no direito de empresa, principalmente no que se refere ao direito de colocar termo aos contratos, visto que relativizados direitos concebidos como absolutos, no âmbito das relações obrigacionais pautadas pelo dogma da autonomia da vontade, entre eles, os direitos potestativos.

Nessa seara, quando se fala em direitos potestativos – compreendidos como aqueles conferidos ao titular ativo a quem é atribuído o poder de, ao utilizá-lo, por vontade unilateral, gerar no titular passivo um estado de sujeição – há como realidade incontestável que seu exercício deve guardar os princípios contratuais e constitucionais que regem a ordem jurídica.

Isso significa que, mesmo quando exercido o direito-poder de extinguir uma determinada relação negocial, o titular ativo deve atender à sistemática principiológica do sistema em que se encontra inserido. Ou seja: ao contrário do que possa parecer em um primeiro momento, os direitos potestativos, apesar de traduzirem um poder de modificação de uma relação jurídica por vontade unilateral da parte, não carregam consigo a prerrogativa de serem absolutos.⁸⁶² A justificativa para essa conclusão assenta-se no fato de que

os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida

⁸⁶² WANDELLI, Leonardo. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004. p. 335-336.

pelo 'mito jusnaturalista' que a recobriria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.⁸⁶³

Nessa perspectiva, a releitura do modelo contratual demanda reconhecer que a empresa é parte integrante e fundamental para o desenvolvimento da ordem econômica, tal como prevista no artigo 170 da Constituição Federal, ou seja, não apenas no que se refere à circulação de riquezas, como também aos fins sociais aos quais ela se destina, ao desenvolvimento social e cultural do povo e à realização da dignidade da pessoa humana: dos consumidores, de seus empregados, das demais empresas e profissionais que com ela contratam e, ainda, dos próprios sócios.

Trata-se da adoção de um conceito funcionalizado da empresa na realidade econômica como entidade destinada à realização de direitos fundamentais⁸⁶⁴ e que tem sua liberdade – aí inseridos os direitos subjetivos em sentido amplo e os direitos potestativos – norteadas por valores éticos, o que acarreta mudanças substanciais nas relações jurídicas como um todo, e nas interempresariais, em especial.

A coesão do sistema contratual é garantida pelos princípios da boa-fé objetiva e pela função social. O princípio geral da boa-fé objetiva, concebida como padrão normativo de conduta a ser observado pelos indivíduos, que tem como fundamentos a tutela da ética e da confiança nas contratações, impõe a cada um o dever de agir em observância à lealdade, transparência, informação e com espírito de cooperação. Tais desdobramentos do princípio da boa-fé, além de guardarem estreita relação com os demais elementos e compõem o sistema jurídico valorativo, atribuem-lhe a importante função de regular o exercício dos direitos subjetivos, reequilibrando todas as relações negociais, não paritárias e paritárias, já que cria obrigações a serem cumpridas por ambos os contraentes.

Já pela função social dos contratos, há o reconhecimento de que “o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele

⁸⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 351-352.

⁸⁶⁴ MARQUES, op. cit., p. 264.

próprio afetadas”⁸⁶⁵, mas sim, como instrumento que se destina a preservar interesses gerais da coletividade. Logo, reconhece-se que o negócio jurídico irradia reflexos dentro e fora da relação contratual mantida entre as partes e que, sendo assim, este deve atender, a um só tempo, aos escopos pessoais e sociais como um todo. Trata-se de regramento de ordem pública, que deve pautar, indiscriminadamente, toda e qualquer relação jurídica, dado que guarda estreita relação com sua finalidade e utilidade.

A par desses dois princípios, observa-se que “o contrato não deve ser cumprido apenas porque os contratantes assim o quiseram, mas porque a manutenção do vínculo e o cumprimento de suas estipulações interessam a toda a coletividade”⁸⁶⁶. Ambas as características asseguram a função promocional do Direito, que se traduz na conjugação de elementos estruturais do ordenamento jurídico com os fins buscados pela sociedade, mediante a criação de estímulos para a prática de condutas tendentes a realizar os objetivos tutelados pela ordem jurídica, inclusive diante da extinção do negócio jurídico, no exercício de direito potestativo por uma das partes.

A própria vida em sociedade demanda do indivíduo reconhecer-se no outro, levar em consideração um dado contexto para praticar qualquer ato, pensamento que carrega consigo valiosa carga axiológica, voltada para a aplicação de todo o conjunto de normas que rege o direito dos contratos, de maneira funcional, promocional de toda a sistemática jurídica, com vistas a incentivar a adoção de condutas pautadas na realização de postulados éticos e socialmente desejáveis.

Paralelamente, a idéia de que os direitos, inclusive o de colocar termo ao negócio jurídico, não são absolutos, dá ensejo a uma nova forma de tutela, que tem por objetivo preservar os fins para os quais os direitos são concebidos e protegidos pela ordem jurídica sob a justificativa de que “toda situação jurídica é fundamentada por um valor, que vivifica a forma nos mesmos termos em que é o espírito que anima a matéria.”⁸⁶⁷

Esse pensamento, que deu origem ao surgimento e à evolução da teoria do abuso do direito no âmbito dos Tribunais europeus, marca a indispensabilidade da

⁸⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 208.

⁸⁶⁶ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos (art. 421). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. p. 58.

⁸⁶⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Almedina: Coimbra, 1997. p. 619.

segurança social para que se tenha preservado um ambiente jurídico sadio, pautado em regras de segurança jurídica, em nome do interesse coletivo⁸⁶⁸, e denota que a Ciência do Direito apresenta aplicação muito mais ampla do que aquela descrita na regra jurídica, principalmente com a adoção dos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, pilares axiológicos da nova teoria contratual, os quais guardam estreita relação com os princípios constitucionais tutelados em seus artigos 1º, 3º e 170.

O reconhecimento de que o ato abusivo deve ser coibido em razão de princípios antes morais, éticos e sociais, do que jurídicos, contribuiu para “alargar o âmbito das nossas responsabilidades, cerceando o exercício dos nossos direitos subjetivos, no desejo de satisfazer melhor o equilíbrio social e delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta e deletéria do egoísmo humano.”⁸⁶⁹ Assim é que, após inúmeras evoluções e involuções em torno da construção da teoria do abuso do direito, este pode ser concebido, hoje, como o “exercício inadmissível de posições jurídicas”⁸⁷⁰, que se traduz no exercício de um direito formalmente lícito e outorgado pela ordem jurídica para além ou de modo diverso de seus fins, de maneira a extrapolar a barreira que impõe a observância dos limites axiológico-materiais reconhecidos pelo Direito como Ciência. Trata-se, portanto, de uma desconformidade no exercício de um determinado direito com o ordenamento jurídico em que se encontra inserido, com a regra moral e com os fins sociais que guiam a vida em sociedade.

A aplicação da teoria do abuso do direito, no Brasil, assim como nos demais ordenamentos jurídicos, prescindia de posituação jurídica, já que seu fundamento assentava-se em princípios conformadores do Direito. Mesmo assim, visando a atribuir maior efetividade ao instituto, principalmente porque sua aplicação no Direito brasileiro era parca e muitas vezes atrelada à presença do elemento subjetivo do agente, o Código Civil de 2002 o positivou em seu artigo 187 de forma objetivada. Hodiernamente, portanto, basta que o ato seja manifestamente contrário à boa-fé, aos bons costumes ou aos fins econômicos ou sociais para que o ato seja inquinado de abusivo.

⁸⁶⁸ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 346.

⁸⁶⁹ LIMA, Avino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 220.

⁸⁷⁰ Concepção adotada por Antônio Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO (*Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, (Coleção de teses). p. 861 e ss.).

Mas o abuso do direito não se limita exclusivamente a esses critérios legais: sempre que um ato caracterizar-se pela regularidade lógico-formal, mas guardar disfunção com sua ordem axiológico-normativa, pode assumir feição de abusivo. A justificativa para esse raciocínio reside no fato de que a contrariedade do ato abusivo refere-se ao ordenamento jurídico em si, aos seus valores e princípios, e não apenas à literalidade da lei positivada no artigo 187 do Código Civil. Basta, portanto, a análise da norma, frente ao valor que a inspirou e aos fatos ocorridos no caso concreto para que se possa aferir a existência, ou não de abuso do direito.⁸⁷¹

Diante de todos esses fatores, inegável a necessidade de se conceber o abuso do direito nos negócios empresariais não mais como um caso residual de ilicitude, mas como centralidade do sistema normativo que deve guiar as relações jurídicas como um todo, as quais devem guardar, desde o momento anterior à sua formação até após a sua extinção, a boa-fé, a funcionalidade e os próprios fins que orientam o sistema, renovando-o com uma “qualificação normativamente polarizada pela conduta segundo a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico e social no exercício dos direitos, faculdades, posições e situações jurídicas subjetivas.”⁸⁷²

Afinal,

a ordem jurídica sistematizada, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, impõe a funcionalização de todas as posições, situações, direitos e/ou vicissitudes emanadas da lei, de tal maneira que não mais se resguarda o individualismo ou o absolutismo, pelo contrário, é imperativa a conformação a valores e fundamentos considerados relevantes pelo sistema legal, sendo o instituto do abuso do direito uma maneira de promoção de dita funcionalização.⁸⁷³

Disso decorre que, conquanto seja reconhecido o direito de recesso unilateral dos contratos, nos casos em que tal exercício se der de forma ilegítima – assim entendido o exercício manifestamente contrário à boa-fé, aos bons costumes ou às finalidades econômicas ou sociais do contrato – e configurar uso anormal desse direito, violando o interesse negocial em jogo, com quebra da confiança que,

⁸⁷¹ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo código civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 93, v. 830, p. 41.

⁸⁷² MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo código civil: questões controversas: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2006, (Série grandes temas de direito privado – v. 6). p. 541.

⁸⁷³ NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 745.

por atos e omissões, tenha sido gerada entre seus participantes⁸⁷⁴, é perfeitamente cabível a aplicação do artigo 187 do Código Civil no que se refere à limitação ao exercício do direito potestativo extintivo por um dos contraentes.

Não obstante, a aferição do abuso somente pode ser feita episodicamente, mediante a conjugação de elementos valorativos do ato e sob o prisma da proporcionalidade e da razoabilidade. Por esse fato, não é possível traçar parâmetros rígidos para identificar o abuso do direito no caso concreto. A tentativa resultaria em flagrante paradoxo com tudo o que se sustentou ao longo do presente trabalho: que o Direito é Ciência voltada às necessidades sociais e, portanto, tão maleável como as modificações advindas de cada contexto histórico e em cada caso concreto.

Quanto às sanções aplicáveis ao abuso do direito, observa-se que, como este diverge da responsabilidade civil, a reparação pecuniária, embora seja cabível, não é a forma mais eficaz para a repressão do ato praticado em manifesto exercício inadmissível de posição jurídica pelo seu agente. Com isso, guardadas a proporcionalidade e a razoabilidade da medida, as tutelas específicas, preventivas ou reparadoras, tais como as previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil, e a reparação *in natura* mostram-se mais adequadas para coibir a prática dos atos abusivos. Com isso, a indenização pecuniária somente é socialmente justa e atende aos fins dos direitos lesados nas hipóteses em que não for possível restabelecer o lesado ao *statu quo ante* ou quando tal conduta mostrar-se absolutamente dissonante com os próprios valores envolvidos no caso concreto.

A aplicação da teoria do abuso do direito como motivo hábil para relativizar o exercício do direito potestativo extintivo em alguns casos concretos – tais como a denúncia dos contratos por prazo indeterminado, nos ditames do artigo 473 do Código Civil, no contrato de locação, de distribuição, do contrato de trabalho e nas relações de consumo – somente confirmou, à luz do atual sistema civil-constitucional, que prima pela repersonalização das relações civis, a relação de equivalência existente entre o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa e a propriedade privada com os fins sociais e a funcionalidade do próprio Direito, que tem como fim último a realização da dignidade da pessoa humana.

⁸⁷⁴ FACHIN, Luiz Edson. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 146.

Frente tais considerações, inegável que o exercício do direito potestativo extintivo demanda a observância de comportamentos pautados na boa-fé, que preserve a confiança nas relações negociais, a fim de que o contrato efetivamente cumpra seus objetivos social e econômico, atenda aos costumes do local em que foi firmado, sob pena de, praticados atos em abuso do direito, sejam os mesmos sancionados pela ordem jurídica, já que esta se destina à pacificação social e à promoção da coexistência dos direitos.

Longe de ter esgotado o assunto, a partir das premissas estabelecidas no presente estudo, pode-se, ao menos, alertar para o fato de que o exercício do direito potestativo extintivo merece ser analisado com maior acuidade, tanto no âmbito doutrinário, quanto por meio das construções jurisprudenciais, tendo em vista os valores atualmente protegidos pelo sistema jurídico pátrio. O fato é que o tema demanda estudo mais aprofundado, maiores debates e discussões, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Mesmo assim, conquanto o objetivo possa parecer distante de ser alcançado, uma conclusão pode ser tirada de tudo o que foi exposto até aqui: se problema só é problema para quem se dá conta dele, ao menos um primeiro passo já está dado.

2 FUNÇÃO SOCIAL DO JURISTA COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA

Todas as considerações até aqui tecidas levam à conclusão de que a atividade dos operadores jurídicos necessita sofrer uma revisão metodológica, que a afaste do dogmatismo puro e dê abertura à construção de um novo modo de se conceber e interpretar o Direito, mais aproximado com os valores multidisciplinares que constituem seu alicerce e objetivo final.⁸⁷⁵ Com isso, o próprio ensino jurídico deve ser revisto, a fim de que seja proporcionada não apenas a profissionais legalistas, que se limitam a repetir o texto da norma, sem qualquer apego a valores

⁸⁷⁵ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.); et al. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002, p. 520-523.

ou mesmo ao contexto em que os fatos se desenrolam. A sociedade evolui e, com ela, necessariamente, deve evoluir o Direito.

Paradoxalmente, contudo, o Direito que deve servir de instrumento para a transformação social e que tem a seu favor o texto constitucional, que garante a realização dos direitos sociais, encontra-se carregado de disfuncionalidade, a qual decorre justamente do apego exacerbado a postulados formalistas, individualistas e liberalistas que assolam a construção do pensamento jurídico tradicional⁸⁷⁶ e que ainda vem influenciando a formação dos novos juristas.

Para que se possa efetivamente romper com o velho paradigma liberal-individual-normativista, deve-se reconhecer que o ensino jurídico deve ter seus postulados revisitados para que, ao mesmo tempo em que os educadores se preocupem em transmitir o dogmatismo jurídico – sem o qual o jurista não tem suporte técnico-científico para interpretar e questionar realidade que o circunda – também seja oportunizado o crescimento de profissionais críticos, aptos a, diante da inserção de novos valores, oriundos de outras ciências e da própria vida em sociedade, aplicarem não o Direito escrito, mas o Direito em sua essência.

Tal fato, tem seu aspecto positivo, ao conferir ao aluno um ensino técnico, mas que não se revela como suficiente, pois, muito além da habilidade técnica, mister se faz um perfil crítico, com o qual deve atuar o jurista em sociedade, não se admitindo que ele esteja destituído de sua responsabilidade social.⁸⁷⁷

Logo, trata-se de uma necessidade premente o intérprete do Direito aguçar a crítica do olhar e analisar o sistema jurídico com os olhos do novo, tendo em vista a superação de velhos paradigmas, principalmente após a promulgação do texto constitucional de 1988, que operou verdadeira abertura do sistema jurídico brasileiro, dotado de princípios fortemente marcados pela humanização das relações jurídicas como um todo. Essa nova sistemática que se apresenta, fortemente marcada por princípios jurídicos e metajurídicos, permeada por valores éticos e morais, pelos reflexos oriundos das outras ciências sociais, dotada de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; um extenso campo hábil à produção jurídica com qualidade e à efetiva realização da justiça; encontra-se apta a ser aplicada no cotidiano social.

⁸⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33, 37.

⁸⁷⁷ PINHEIRO, op. cit., p. 508.

Todas essas inovações datadas das duas últimas décadas demandam a revisitação de velhos conceitos, tanto relativos ao papel que o Direito desempenha como Ciência, quanto à função que seu intérprete assume frente aos problemas sociais e, para tanto, a desdogmatização de antigos postulados positivistas, o abandono do formalismo exacerbado entre outras tarefas atualmente conferidas ao jurista são de importância substancial para que se possa conferir ao Direito aplicação mais compatível com a abertura operada no sistema. Logo, o “desafio do presente é superar a crise da pós-modernidade, de forma a reconstruir uma razão para a pesquisa jurídica e viabilizar um avançar do Direito no futuro”⁸⁷⁸, o que demanda a superação do radicalismo, da intolerância e, principalmente, da passividade científica.

Assim, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, pode-se concluir pela necessidade da sociedade contemporânea superar o paradigma do conhecimento regulação para ir em busca do conhecimento emancipação, partindo o pressuposto de que o conhecimento não é uma forma de domínio da natureza, mas, apenas, de relação com ela, o que é feito por meio da troca de experiências e do relacionamento do homem com a realidade que se apresenta.⁸⁷⁹

Em resumo, as dificuldades em construir hoje uma teoria crítica podem formular-se do seguinte modo. As promessas da modernidade, por não terem sido cumpridas, transformaram-se em problemas para os quais parece não haver solução. Entretanto, as condições que produziram a crise da teoria crítica moderna não se converteram ainda nas condições da superação da crise. Daí a complexidade da nossa posição transicional [...]. Há, pois, que aceitar e celebrar o que existe. Segundo outra posição, que designo de pós-modernidade inquietante ou de oposição, a disjunção entre a modernidade dos problemas e a pós-modernidade das possíveis soluções deve ser assumida plenamente e deve ser transformada num ponto de partida para enfrentar os desafios da construção de uma teoria crítica pós-moderna.⁸⁸⁰

Contudo, essa tarefa demanda a revisitação do próprio conceito de Direito e do ensino jurídico em si, que deve privilegiar, a um só tempo, o tecnicismo – já que é por meio dele que se transmite a dogmática jurídica – e a racionalidade crítica, que

⁸⁷⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 6, 1. sem. 1999, p. 237.

⁸⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 23-89

⁸⁸⁰ Id. *ibid.*, p. 29.

diz respeito à contextualização do intérprete da norma, com desapego à apatia que ainda assola a aplicação do direito⁸⁸¹.

Frente à nova realidade que se apresenta, compete ao jurista a importante tarefa de efetivar o texto constitucional, tanto por meio da descoberta do verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica, quanto ao efetivar direitos, compatibilizar as normas infraconstitucionais com o texto da lei maior e buscar o sentido ético que deve nortear as relações sociais.⁸⁸² Nessa seara, a releitura do sistema civil-constitucional sob o prisma dos princípios constitucionais, notadamente, a dignidade da pessoa humana, levando em conta os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil e os princípios econômicos trazidos no bojo do texto constitucional, revelam a existência de uma grande virada paradigmática no modo de se conceber, tutelar e efetivar direitos.

De fato, embora o ranço do patrimonialismo e do sistema individual-liberal-normativista ainda se façam muito presentes – mesmo porque, a proposta trazida no texto constitucional implica em mudança radical das concepções tuteladas pelo Direito com codificação – não se pode desconsiderar que o texto constitucional data de praticamente vinte anos atrás e isso significa que muito ainda há de ser feito para concretizar os postulados principiológicos nele contidos, sob pena de tornar letra morta o mais importante documento que o Direito brasileiro já teve no que concerne à instrumentalização e efetivação de direitos.

Mas não é só. Ao jurista da atualidade compete a importante missão de assegurar a eficácia do Direito, tornando-o elemento integrante da vida social, com a qual deve guardar relação de simbiose; extrair do texto da lei, dos valores que ditam o jurídico e o social, parâmetros que visem a assegurar a pacificação social, o desenvolvimento individual, coletivo, sustentável; o estabelecimento de um efetivo estado democrático de direito com base em estudos que guardem densidade de conteúdo, mais desapegados aos formalismos, contudo, que tenham como meta primordial o resgate do sentido ético da vida em sociedade.

Para tanto, torna-se fundamental repensar o Direito para que se possa, de um lado, superar a apatia e o imobilismo do intérprete e, de outro, balancear radicalismos. O momento requer um *revival* dos ideais, dos valores fundantes não

⁸⁸¹ PINHEIRO, op. cit., p. 518.

⁸⁸² NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Ética e boa fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 173-175.

apenas da ordem jurídica mas, sobretudo, da relação dos indivíduos entre si e destes com o mundo que os cerca, para que se possa promover o resgate da razão de ser do Direito, de sua logicidade, da dignidade da pessoa humana em sua mais ampla acepção, dos direitos humanos, da lealdade, da harmonia social, entre tantos outros valores que compõem o universo social.

A reconstrução do Direito e o resgate da função social do jurista demandam, sobretudo, a reconstrução da própria pesquisa⁸⁸³, que deve ser permeada por valores que vão além do estudo da letra da lei, do dogmatismo jurídico, da reiterada repetição de idéias, da apatia que assola o meio acadêmico.

Não se trata de utopia, mas de estabelecimento de novos parâmetros interpretativos, de uma nova postura que deve ser fomentada por cada indivíduo, da escola à vida profissional.

Ao intérprete do Direito, em especial, compete a missão de cumprir uma função social que é, acima de aplicar o texto da lei, conhecer velhos conceitos ou categorias jurídicas, fazer da Lei letra viva, fundada em princípios éticos, valores fundamentais, socialmente e cientificamente desejáveis.⁸⁸⁴ Problematizar o novo, buscar soluções que não sejam heróicas, mas científica e moralmente sustentáveis, diante da realidade que se apresenta.

Levar em conta os valores históricos, resgatar e preservar a cultura de cada sociedade, lançar olhar crítico sobre o cotidiano, captar a essência da lei, entre outras atividades críticas tendentes a superar o ranço do dogmatismo jurídico, atentas para o contexto social, são caminhos para que se possa atribuir funcionalidade ao Direito.

Basta observar que a atual sistemática se constrói a partir dos princípios constitucionais, flagrantemente permeados por valores que se encontram inseridos no contexto da própria evolução da sociedade, por normas dotadas de tamanha generalidade e abstração – cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados – para que se possa apreender o quão importante é a tarefa do jurista da pós-modernidade, a quem atribui-se a missão de tornar o Direito Ciência funcionalizada, assim como o é sua atividade interpretativa, que deve primar pela operabilidade dos conceitos jurídicos pela preservação da humanização das relações sociais, pelo

⁸⁸³ MARQUES, op. cit., p. 245-246.

⁸⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991. p. 1.

resgate da eticidade, da moralidade, da solidariedade, da boa-fé, entre outros valores fundamentais que exigem do intérprete uma atuação ativa, voltada à efetivação dos direitos, para que se tenha assegurada a própria convivência em sociedade.

Essa, portanto, é a grande missão do jurista: encontrar meios para adaptar o Direito à volatilidade da realidade social que a ele se apresenta, viabilizando, com isso, a efetividade dos postulados axiológicos tutelados na Constituição Federal e dos textos normativos dela decorrentes, sem os quais o homem permanece atrelado ao ranço da reificação.

O que se pode extrair de tudo o que se expôs até aqui é que de nada adiantam as previsões legais se o intérprete e o aplicador do Direito não fizerem da norma jurídica letra viva em constante mutação, tal como o é a própria sociedade para a qual o Direito se aplica.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1999.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução (de acordo com o novo código civil)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

_____. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, p. 20-27, 1985.

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.

ALVES, Jones Figueirêdo. [S.t.]. In: FIUZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. A teoria do adimplemento substancial (substancial performance) no negócio jurídico como elemento impediante ao direito de resolução do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo código civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2006, v. 4. (Série grandes temas de direito privado).

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo código civil. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 92, v. 815, p.11-31, 2004.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas abusivas nas relações de consumo. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica; Saraiva, 1932.

ANDRADE, Manuel Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objecto*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1.

ANTUNES JUNIOR, Antonio Carlos. Da exclusão do sócio na sociedade limitada: novo código civil. *Jus navigandi*. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4147>>. Acesso em: 11 out. 2008.

ARBUET-VIGNALI, Heber. Contrariedades e incertezas do jus internacional para governar os riscos de uma nova civilização. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco: rede latino-americana e européia sobre governo dos riscos*. Brasília: UniCEUB; UNITAR, 2006, p. 116-138.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2000.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, a. XXXIX, v. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral: relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2002, v. 3.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos nominados: mandato, comissão agência e distribuição, corretagem, transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2. (Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale).

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 89, v. 775, p. 11-31, 1999.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento: função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 94, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

_____. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 18, p. 23-31, abr./jun. 1996.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARACAT, Eduardo Milléo. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Lucas Abreu; CRUZ, Andreza Soares da. Funcionalização do contrato: o direito privado e a organização econômico-social contemporânea. *Revista de direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 24, p. 79-88, out./dez. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação: interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista trimestral de direito civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 4, v. 16, p. 59-102, out./dez. 2003.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da faculdade de direito da universidade federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 60-77, nov. 1993.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas: práticas sociais e regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BESTER, Gisela Maria Benitez; OBICI, Renata Cristina. Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à figura do empreendedor. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONPEDI, 16, 2007, Campos dos Goytacazes. *Anais...* Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1984.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Verificação Técnica de Claudio de Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BORGES, Agnes Pinto. *Parceria empresarial e direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 19-40.

BOÜARD, Fabrice de. *La dépendence économique née d'un contrat*. Paris: LGDJ, 2007.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo código civil*. São Paulo: Método, 2006.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *Recurso Especial* nº 534.105-MT (2003/0068612-3). Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, DF, julgado em 16/09/2003, publicado no DJ de 19/12/2003, p. 487; RSTJ v. 176, p. 401. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=534105&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 out. 2008.

_____. _____. (4. Turma). *Recurso Especial* nº 9.505-RS. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Brasília, DF, julgado em 1991, publicado no DJ de 24 fev. 1992, p. 1873; REPDJ 30 mar. 1992, p. 3992. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 04 out. 2008.

_____. _____. *Recurso Especial* nº 272739-MG (2000/0082405-4). Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, julgado em 01 mar 2001, publicado no DJ de 02 abr 2001, p. 299; BCC, v. 200, p. 126; RSTJ. V. 150, p. 398. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Agravo de Instrumento* nº 92263-2. Relator Desembargador Etério Galvão, Recife, PE, publicado no DJPE de 15 dez. 2007. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *Apelação Cível* nº 1986/2001 – (2001.001.01986). Relator Desembargador Wilson Marques, Rio de Janeiro, RJ, julgamento em 15 jan. 2002. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 14 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* nº 1.142.169-0/5 (01723312). 25ª Câmara Cível. Relator Desembargador Ricardo Pessoa de Mello Belli, São Paulo, SP. Julgado em 29 abr. 2008. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em 04 out. 2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (4. Região). *Recurso Ordinário* nº 00220-2003-0290-04-00-4, Porto Alegre, RS. Julgado em 13 dez. 2006. Disponível em <<http://www.trt4.gov.br>>. acesso em 04 out. 2008.

_____. _____. *Recurso Ordinário* nº 00501-2007-003-04-00-8. Relator Juiz Francisco Rossal de Araújo, Porto Alegre, RS. Julgado em 13 dez. 2007. Disponível em <<http://www.trt4.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2008.

_____. _____. *Recurso Ordinário* nº 00672-2005-661-04-00-5. Relatora Juíza Maria Helena Mallmann. Porto Alegre, RS, julgado em 14 dez. 2006. Disponível em <<http://www.trt4.gov.br>>. Acesso em 11 out. 2008.

_____. Tribunal Regional do Trabalho (10. Região). *Recurso Ordinário* nº 00581-2005-015-10-00-7. Relatora Juíza Heloisa Pinto Marques. Brasília, DF. Julgado em 06 dez. 2006. Disponível em <<http://www.trt10.gov.br>>. Acesso em 12 out. 2008.

BRITO, Rodrigo Toscano. Equivalência material: o equilíbrio do contrato como um dos princípios sociais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE,

Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 171-188.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo código civil. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 93, v. 830, p. 27-45, 2005.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-28.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELETTI, Mauro; GARTH, Briant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Grace Northleef. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. 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*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 307-324.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos (art. 421). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45-68.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 246-284.

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

DEBS, Newman de Faria. Algumas reflexões sobre o princípio jurídico da boa-fé no mundo contemporâneo. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006 (Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka), p. 248-267.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

DIREITO. Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 13.

DOMINGUES, José Maurício. Cidadania, direitos e modernidade. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual: no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUARTE, Ronnie Preuss. Boa-fé, abuso de direito e o novo código civil brasileiro. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 92, v. 817, p. 50-78, nov. 2003.

DUPAS, Gilberto. *Ética e poder na sociedade da informação: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso*. São Paulo: UNESP, 2000.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson César Cardoso de Souza. 11. ed. São Paulo: Perspectiva, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico: conseqüências práticas*. Curitiba: Educa; Cientia et Labor, 1988.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: _____ (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 115-149.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 662-714.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Do princípio da igualdade jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Editora da USP, 1973.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERRONATO, Adria Paula. A empresa no novo Código Civil: elemento unificado do Direito Privado. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 95, v. 843, p. 11-35, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coords). *Direito empresarial e cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim. Coordenação Renan Lotufo).

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica*. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução Arno dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.

GUIMARÃES, Haina Eguia. A função social dos contratos em uma perspectiva civil-constitucional. *Jus navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5814>>. Acesso em: 06 junho 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como funciona a cidadania*. 2. ed., Manaus: Valer, 2001.

HERMITE, Marie-Angèle. A fundação jurídica de uma sociedade das ciências e das técnicas através das crises e dos riscos. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco: rede latino-americana e européia sobre governo dos riscos*. Brasília: UniCEUB; UNITAR, 2006, p. 11-36.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux, 2005.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. A função social do contrato. *Revista de direito civil. (imobiliário, agrário e empresarial)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 12, n. 45, p. 141-152, jun./set. 1988.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, t. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Disponível em: <<http://64.233.169.104/search?q=cache:t3r4-zOWcPAJ:www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf+cidadania+direito+a+ter+direitos+arendt&hl=ptBR&ct=clnk&cd=2&gl=br>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. *Direito da sociedade da informação*. Revista dos tribunais, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 95, v. 847, p. 79-85, maio 2006.

LOBO, Jorge. O princípio da função social da empresa. *Revista jurídica consulex*, São Paulo, Consulex, a. X, n. 228, p. 29, 15 jul. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Constitucionalização do direito civil. *Mundo jurídico*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_civil.htm>. Acesso em: 26 out. 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do direito privado*. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Tratado de los contratos: parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito. Tradução Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. *Seqüência 21 anos: estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, Boiteux, n. 28, p. 15-29, jun. 1994.

MACHADO, Hermano Augusto. A função social e a tipificação no direito de propriedade. *Revercor: estudos jurídicos em homenagem à faculdade de direito da Bahia: 1891-1981*. São Paulo: Saraiva, p. 233-258, 1981.

MARIANI, Irineu. Direito de empresa, atividade empresarial, empresa e empresário (à luz do novo código civil). *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 95, v. 844, p. 28-40, fev. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis: revista de direito processual civil*, v. 1, n. 28, Curitiba, Gênesis, p. 298-338, abr./jun. 2003.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Cidadania e justiça*, Rio de Janeiro, Revista Cidadania e Justiça, a. 3, n. 6, p. 237-248, 1 sem. 1999.

_____. (Coord.) *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Atualizador: José da Silva Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Novo código civil: questões controvertidas: parte geral do código civil*. São Paulo: Método, 2006, v. 6. (Série grandes temas de direito privado), p. 505-544.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 91, v. 801, p. 11-29, 2003.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007.

MELLO, Giselle Luciane de Oliveira Lopes. A função social da empresa como parâmetro de legalidade. *Revista de direito empresarial*, Curitiba, Juruá, n. 4, p. 277-317, jul./dez. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, João de Castro. *Teoria geral do direito civil: teoria geral*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1995, v. 1.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil português: parte geral (introdução, doutrina geral, negócio jurídico)*. Coimbra: Almedina, 1999, t. 1.

_____. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007 (Coleção de teses).

MEZZANOTTI, Gabriela. *A disciplina da empresa: reflexos da autonomia privada e da solidariedade social*. Novo Hamburgo: Feevale, 2003.

MONTEIRO, António Pinto. *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

MUSSI, Luiz Daniel Rodrigues Haj. Negócio jurídico: releitura à luz do direito empresarial. *Revista de direito empresarial*, Curitiba, Juruá, n. 4, p. 9-53, jul/dez. 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 173-210.

NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 738-772.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *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.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. O princípio da boa-fé e a execução contratual. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 90, v. 794, p. 56-75, 2000.

NOVISKI, Kássia Renate Silva. O abuso de direito na esfera contratual. In: NALIN, Paulo; VIANNA, Guilherme Borba (Coord.). *Direito em movimento: por popp & nalin advogados*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 163-191.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução Ivone C. Benedetti. Revisão Técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Éthique et droit. Traduzido por Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira et al (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2002, p. 489-527.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1.

_____. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000, v. 5.

POPP, Caryle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *Comentários à nova lei do inquilinato: lei n. 8.245 de 18.10.1991*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1996.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 3-29.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Fundamentos da concepção tridimensional do Direito*. Revista Brasileira de Filosofia, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, v. 10, p. 450-467, 1998.

REIS, Clayton. O abuso do direito nas relações privadas e seus reflexos nos direitos da personalidade. *Revista jurídica cesumar*, Maringá, v. 6, n. 1, p. 199-239, dez/2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 93, v. 821, p. 81-98, 2001.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROQUE, Sebastião José. *Tratado de direito empresarial*. São Paulo: Ícone, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 81-111.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. XXXIX, v. 119, p. 94-108, jul./set. 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 93, v. 823, p. 67-86, maio/2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. Princípios sociais contratuais: autonomia privada, função social e boa-fé objetiva. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil: direito patrimonial e direito existencial*. São Paulo: Método, 2006 (estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka), p. 221-248.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio: Lumen Juris, 2000.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 35-98, 2001.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SELEME, Sérgio. Contrato e empresa: notas mínimas a partir da obra de Enzo Roppo. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 255-272.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. A sublimação jurídica da função social da propriedade. *Lua nova: nova cultura de revista*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452006000100006&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 11 nov. 2006.

SOUZA, Luciane Moessa. A natureza jurídica da propriedade em face do princípio da função social da propriedade no direito brasileiro. *Revista da faculdade de direito da UFPR*. Curitiba, v. 33, p. 199-208, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 1994.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 49. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman).

SPOTA, Alberto G. *O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência*. Tradução Jorge Trindade. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Aspectos controvertidos da convenção OIT-158. *Revista LTr: suplemento trabalhista*. São Paulo, LTr, a. 32, n. 106/96, p. 611-614, 1996.

SZTAJN, Raquel. Função social do contrato e direito de empresa. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, Malheiros, v. 139, p. 29-49, jul./set. 2005.

_____. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 88, v. 762, p. 81-97, abr. 1999.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007 (Coleção Prof. Rubens Limongi França. v. 2).

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 29-44.

_____. et al. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

TOKARS, Fábio Leandro. Função social da empresa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 77-96.

_____. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 92, v. 810, p. 33-50, abr. 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VALLADÃO, Haroldo. A condenação do abuso do direito. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 58, v. 400, p. 11-14, fev. 1969.

VALORY, Stéphane. *La potestativité dans les relations contractuelles*. Paris: LDS, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. 2.

VELTEN, Paulo. Função social do contrato: cláusulas limitadoras da liberdade contratual. In: NERY, Rosa Maria Andrade (Coord.). *Função do direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 411-440.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 2.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 90, v. 791, p. 31-64, 2001.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005 (Justiça e direito).

YASSIM, Assad Amadeo. Considerações sobre o abuso do direito. *Revista dos tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 538, p. 16-25, ago. 1980.

WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004 (Com a colaboração do Prof. Semy Glanz).

_____. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 98, p. 51-57, 1995.

WALDRAFF, Célio Horst. O mito da segurança jurídica, eficácia vinculante e eficácia persuasiva das súmulas. In: MACHADO, Sidnei; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.). *Reforma trabalhista e sindical: o direito do trabalho em perspectiva*. São Paulo: LTr, 2004, p. 405-427.

WANDELLI. Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

WARAT, Luís Alberto. El concepto del abuso del derecho y la teoría kelseniana. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Boiteux, 2004, v. 2, p. 285-300.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)