

## **Introdução**

O Direito privado do último século experimentou intensas e profundas mudanças decorrentes, entre outros, da ressignificação da pessoa humana enquanto vértice unitário-axiológico do sistema jurídico.

Antes marcado pela igualdade formal do Estado Liberal, assim como pelos cânones inquestionáveis do individualismo e patrimonialismo, o Direito Civil assumiu uma nova roupagem diante do crescimento, ao redor do mundo ocidental, das teorias e valores constitucionais que contribuíram para a ruína do muro de separação do Direito em dois grandes ramos, público e privado.

Por essa razão, é corrente no estudo do Direito Civil da contemporaneidade a ideia segundo a qual se vive atualmente, em especial no Brasil, o fenômeno da publicização do Direito Privado ou, sob a perspectiva do anverso da moeda, da privatização do Direito Público, numa espécie de retroalimentação (FROTA, 2007, p. 555).

Essa integração normativa somente foi possível porque a Constituição da República promulgada em 1988, caracterizada pela inegável primazia dos direitos e garantias fundamentais, assumiu o papel de diploma propagador de ideais, valores e princípios cuja normatividade poderia ser exigida pelos particulares, tanto em suas relações com o Estado, quanto no âmbito de suas relações privadas, sendo corrente na doutrina que a Constituição passou a ser a tábua axiológica e o fundamento de validade de institutos tradicionais do Direito privado (TEPEDINO, 2004, p. 224).

Assim, denomina-se de constitucionalização do Direito Civil a necessidade de interpretação e de aplicação dos institutos do Direito privado em conformidade com as normas, valores e princípios constitucionais, que servem, além disso, como vetores de uma abertura hermenêutica pautada na solidariedade social.

Foi a partir desse caldo normativo e cultural que adveio a promulgação, há quinze anos, do atual Código Civil brasileiro que, rompendo com a tradição liberal e individualista de outrora, incorporou os conceitos de eticidade, socialidade e operabilidade como princípios informativos, corporificando-os nos institutos da boa-fé, confiança e funcionalização, merecendo especial atenção a figura do abuso do direito enquanto limitador de direitos subjetivos entre particulares.

Para dar cabo ao debate, optou-se por uma pesquisa bibliográfica e documental com a finalidade de, num primeiro momento, demonstrar as características marcantes da nova legislação para, após, discutir os requisitos e principais características do conceito de abuso do direito no Direito Civil brasileiro, a partir do novo vértice impresso no sistema jurídico pela Constituição cidadã.

## **1 Novos paradigmas do Direito Privado contemporâneo e suas implicações no Código Civil**

É partir da segunda metade do Séc. XX que o Direito privado passou por significativa mudança axiológica, uma vez que a dignidade da pessoa humana tornou-se o eixo de validade e legitimidade do Direito como um todo, fazendo com que o Código Civil perdesse sua centralidade histórica em favor da Constituição, que passou a desempenhar o papel unificador do sistema de maneira cada vez mais incisiva (PERLINGIERI, 1998, p. 6).

Por tudo isso, estudar o Direito Civil da atual quadra histórica é fazê-lo a partir da perspectiva constitucional, analisando criticamente as mudanças estruturais em seu *corpus* normativo e o ressignificado de seus institutos.

A Constituição Federal cuidou analiticamente de diversos institutos do direito privado, embora tenha tido o cuidado de fixar, em seus quatro primeiros artigos, os fundamentos e os princípios da República, de molde a vincular o legislador infraconstitucional e o intérprete a uma reunificação axiológica que independa de regulamentação específica de cada um dos setores do ordenamento. É preciso, pois, superar os velhos limites das doutrinas do direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não auto-aplicáveis. Toda regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional. A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas (TEPEDINO, 2004, p. 224).

A mudança paradigmática operada no Direito impôs de maneira inadiável a reformulação do Código Civil brasileiro, processo que não se contentaria com simples mudanças pontuais da letra de seus dispositivos ou institutos, reclamando, antes de tudo, um

novo Código para uma nova sociedade detentora do sentimento constitucional (VERDÚ, 2006, p. 56).

Em tempos de Direito Civil constitucional, fundado, entre outros, no respeito à pessoa humana, fica claro que o Código necessitava ser reformulado para atender a uma nova racionalidade: não mais aquela monológica do Iluminismo – totalitária, fechada e alheia aos desejos da pessoa na sua individualidade e coletividade –, mas uma racionalidade substantiva com aptidão de compreender e normatizar os valores (MARTINS-COSTA, 2004, p. 36).

Daí porque “o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social (NEGREIROS, 2006, p. 11).

De seu turno, a eticidade, ao preferir critérios ético-jurídicos aos critérios lógico-formais, traz para o âmbito do direito privado as noções de valorização da pessoa humana, da personalidade, da confiança, da probidade, da lealdade e da honestidade.

Além disso, a eticidade consagra a ideia de privilegiar a boa-fé como critério de interpretação do negócio jurídico, exigindo do aplicador do Direito o conhecimento de outras normas do sistema a fim de atingir o resultado do justo, razão pela qual impõe a correta utilização “de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que fazem referência a expressões cujo significado exige uma atividade valorativa do julgador para que a regra possa ser aplicada” (MARTINS-COSTA, BRANCO, 2002, p. 51).

A eticidade, utilizando-se do conceito de boa-fé, está presente em diversos dispositivos do atual Código, a saber: art. 113 (interpretação dos negócios jurídicos), art. 187 (abuso do direito), art. 422 (destaca a probidade e os deveres de lealdade e confiança), art. 765 (especificamente nos contratos de seguro), art. 523 (venda sob reserva de domínio) etc.

Relativamente à socialidade – cuja incidência ganhou destaque nas normas atinentes aos contratos, à propriedade e posse – a escolha do atual Código Civil foi privilegiar o âmbito coletivo do direito e seus institutos, retirando-os da simples dimensão individual para projetá-los ao nível da coletividade, funcionalizando seu significado e conteúdo.

A sociabilidade é uma característica marcante do Código Civil brasileiro, bastando para tanto verificar que institutos básicos e elementares do Direito Civil há dois mil anos – dentre eles, por exemplo, o contrato e a propriedade –, a par da função individual que eles sempre possuíram e desempenharam, passaram a ser

considerados dentro de um contexto socializante do Direito, donde se infere a necessidade do atendimento à função que tais institutos devem ter. [...] a propriedade privada continua sendo garantida pelo Direito, mas hoje se encontra limitada por uma série de normas de Direito Público e de Direito Privado, que procuram conformar o seu exercício aos anseios sociais de justiça e segurança. Da mesma forma, o contrato, enquanto instrumento fundamental no processo de trocas econômicas – de bens e serviços – de um país civilizado, continua a gozar de proteção do Direito, que, no entanto, ao contrário de antigamente, hoje exige que as operações econômicas que eles engendram se dêem em um ambiente seguro e, sobretudo, justo (BOULOS, 2006, pp. 90-91).

Sobre o valor da operabilidade, o atual diploma civil primou pela facilitação da compreensão da norma por partes dos operadores do Direito, mediante a utilização de primor técnico aliado à linguagem precisa e atual, de modo a evitar dubiedades ou incompreensões ligadas aos modelos clássicos ultrapassados ao longo dos anos.

O princípio da operabilidade possui dois objetivos principais. No primeiro, ele deixa de lado o rigor técnico, científico e abstrato porque exalta a simplicidade do Direito Civil enquanto instrumento prático, material e real. O segundo tem a ver com a efetividade, umbilicalmente ligada à utilização de uma nova linguagem na redação dos dispositivos com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios gerais de direito, tendo como principal objetivo viabilizar uma intertextualidade com outros *corpi* normativos (MARTINS-COSTA, 2004, p. 25).

As mudanças, como se viu, não foram apenas de valores ou princípios informativos, elas chegaram mesmo a atingir a própria estrutura e linguagem do Direito Civil contemporâneo no país, operando a superação do modelo Iluminista de normas totais e fechadas, construídas pela técnica legislativa da casuística (ENGISCH, 1968, p. 180).

O traço característico desse tipo de norma é o nível de detalhamento ou exatidão que os fatos são apresentados, bem como suas consequências, permitindo ao intérprete fazer o que se chama de processo de subsunção do fato à norma.

Em outros termos, o próprio legislador atua de maneira a fixar, de modo o mais completo possível, “os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos, descrevendo condutas a seguir, fins a perseguir ou comportamentos a evitar, determinando o que é prescrito a quem e sob quais circunstâncias” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 286).

No entanto, com o advento da modernidade, da pluralidade das relações sócio-jurídicas e do novo paradigma constitucional, que imprimiu ao ordenamento o caráter de sistema fundado na figura da pessoa humana, passou-se a exigir uma legislação mais correspondente ao ser social, construída como um espelho da dinamicidade da vida social.

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais (MARTINS-COSTA, 1998, p. 33).

Nesse influxo, as cláusulas gerais surgem como contraponto ao modelo das regras fechadas, tendo como característica o fato de veicularem prescrição vaga na hipótese, referindo-se ao mínimo de descrição no comportamento esperado pela norma.

Noutros dizeres, o legislador não mais traça pontualmente a hipótese e suas consequências, ao revés, o texto normativo passa a ser vazado numa vaga moldura de maneira a permitir a incorporação de princípios, diretrizes e regras de comportamento ou conduta.

Por exemplo, o legislador previu que haverá ato ilícito quando o exercício do direito desbordar da boa-fé, dos bons costumes ou do fim econômico e social (CC, art. 187); que a liberdade contratual será exercida nos limites e conforme a função social do contrato (CC, art. 421); que os contratantes são obrigados a observar a probidade e a boa-fé (CC, art. 422) e que o enriquecimento sem justa causa obriga à restituição da quantia indevidamente auferida (CC, art. 844).

Nesses dispositivos não há a explicação do que significam boa-fé, bons costumes, função social, probidade ou justa causa, cabendo ao intérprete “realizar as escolhas e plantar as soluções que o legislador não quis ou não pode exercer” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 302).

Passa a ser do intérprete a responsabilidade de integrar a norma atribuindo-lhe significado, não de maneira arbitrária, mas sim mediante motivação concreta e pertinente com a demonstração da *ratio decidendi*, cumprindo, ademais, a ordem constitucional de

fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93 IX), sendo que o magistrado passa a desempenhar um poder mais amplo, pois não se limitará a estabelecer o significado do enunciado normativo, devendo, também, criar “o direito ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências (estatuição) que entenda correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 33).

A vantagem da utilização das cláusulas gerais é permitir maior mobilidade no momento de aplicação da lei pelo intérprete, conferindo-lhe certa margem de escolha para, com os olhos sobre o caso concreto, criar a solução correta para a controvérsia, tomando como referencial os valores e princípios constitucionais, assegurando aos institutos do Direito privado uma transformação qualitativa a partir do eixo axiológico do texto constitucional (MIRAGEM, 2009, p. 200).

Além disso, a correta utilização das cláusulas gerais permite uma função generalizadora, vale dizer, a formação de novos institutos jurídicos que têm aptidão para exercer controle corretivo do Direito, como, por exemplos, as figuras do *tu quoque* e do *duty to mitigate the loss*.

Outra função importante das cláusulas gerais é servir como referencial decisório, oportunizando ao juiz valer-se de decisões anteriores que compartilham a mesma *ratio decidendi* como ferramenta para a fundamentação das decisões, concretizando no cotidiano a opção legislativa de integridade da jurisdição (CPC, art. 926).

Por fim, destacam-se duas outras funções das cláusulas gerais. São veículo da operação intra-sistemática entre os dispositivos dispersos nos diversos livros do Código, possibilitando a aplicação de um artigo juntamente com outro dispositivo que não necessariamente possui a mesma topografia. E a outra, resume-se na integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais (MARTINS-COSTA, 1998, p. 38).

Sendo esse o perfil atual das cláusulas gerais no Código Civil brasileiro, importante é o estudo a respeito daquela que notadamente vem se destacando como o substrato de eticidade do novo sistema, que é a cláusula geral da boa-fé objetiva.

É a partir dela que se estrutura o moderno perfil do direito civil construído a partir das cláusulas gerais e fundamentado nos valores da eticidade, socialidade e operabilidade.

## 2 O Direito Civil pelas lentes da boa-fé objetiva

A boa-fé desempenha papel essencial na exata compreensão do Direito Civil brasileiro, constituindo verdadeira condição essencial *“da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam”* (REALE, 2005, p. 241).

Mas nem sempre a boa-fé teve essa posição de destaque. Com efeito, no Código Civil de 1916 a boa-fé era entendida em seu aspecto subjetivo (arts. 221 e 490), denotando estado de consciência ou convencimento individual de estar de acordo com o direito aplicável (NERY, 2002, p. 120).

Foi com o desenvolvimento do Direito Civil na Alemanha, a partir de 1896, com o § 242 do BGB, que a boa-fé passou a usufruir de uma concepção objetiva, caracterizada como *standard* de conduta que é leal e confiável, independentemente de investigações psicológicas.

Por boa-fé objetiva se quer significar modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade [...] na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico (MARTINS-COSTA, 1998, p. 35).

Nada obstante, a concepção objetiva da boa-fé não foi prevista no CC/1916, surgindo somente a partir das discussões do anteprojeto do atual Código Civil e aprimorada no Código de Defesa do Consumidor.

Atualmente afirma-se que a boa-fé objetiva integra o Código Civil de duas formas distintas, mas complementares, a saber: boa-fé como princípio e boa-fé como cláusula geral.

Enquanto princípio, ela está regulada no art. 113 do CC: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Por sua vez, como cláusula geral o instituto encontra-se no art. 422: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Não é coincidência a inserção do princípio da boa-fé objetiva na parte geral do Código Civil. Com efeito, essa opção legislativa informa expressamente que haverá a incidência da boa-fé em todo e qualquer negócio jurídico, ainda que ele não seja de natureza patrimonial.

Desse modo, tanto em termos de posse, sucessão, compra e venda, quanto no tocante a inadimplemento obrigacional, haverá a incidência da boa-fé objetiva em seu aspecto de princípio informativo do Código Civil.

Por sua vez, a cláusula geral prevista no art. 422 do CC constitui ponte entre os princípios gerais de direito e os valores e normas fundamentais da Constituição da República, possuindo como raio de abrangência essencial o direito negocial.

A distinção entre essas duas modalidades é pertinente, na medida em que

Um dos mais lamentáveis equívocos que cercam esta matéria é o que considera a cláusula geral como uma espécie de proteifórmico “princípio geral”, aplicável à totalidade do ordenamento. Pelo contrário, as cláusulas gerais estão situadas sempre *setorialmente*, num certo domínio de casos. No direito civil são exemplos o campo da responsabilidade por culpa, o das tratativas negociais ou fase formativa dos contratos e o da execução dos contratos. Se assim não fosse, aliás, não teriam qualquer utilidade prática e importariam na mais completa assystematização do direito. A análise comparativa demonstra que a cláusula geral da boa-fé, endereçada ao Juiz e por ele adequadamente utilizada, tem, primariamente, função *individualizadora*, conduzindo ao “direito do caso”. Secundariamente, permite a formação de *instituições* “para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte (MARTINS-COSTA, 1999, pp. 342-343).

A par dessa importante diferença, surge a necessidade de verificar com acuidade as diversas funções assumidas pela cláusula geral da boa-fé objetiva no sistema de Direito Privado da contemporaneidade.

Em termo dogmáticos, portanto, é cediço que a boa-fé objetiva desempenha três principais funções: i) cânone interpretativo dos negócios jurídicos; ii) regra criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e iii) regra restritiva do exercício de direitos (TARTUCE, 2007, p. 46).



A primeira função estabelece que a boa-fé objetiva exige que “a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes” (SCHREIBER, 2012, p. 86), facultando ao intérprete o poder-dever de preencher as lacunas mediante a explicitação do sentido geral efetivamente almejado pelas partes do negócio, possibilitando, ademais, a formação de precedentes que servirão de norte decisório de casos futuros.

No tocante à segunda função, a boa-fé objetiva cria deveres jurídicos não previstos pelas partes, fazendo nascer o que se convencionou chamar de deveres instrumentais ou laterais ou anexos de conduta.

A terceira função da boa-fé objetiva diz respeito à imposição de limites aos direitos subjetivos, nas hipóteses em que o exercício desses direitos implicar conduta incompatível com a lealdade e confiança que imperam nas relações privadas.

Como será visto adiante, essa função da boa-fé objetiva é a base dogmática para o surgimento e desenvolvimento das teorias do abuso do direito e do *venire contra factum proprium*, na medida em que interfere no antes absoluto direito individual a fim de moldá-lo às novas exigências do solidarismo obrigacional, inclusive para vedar “comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem aos *standards* impostos pela cláusula geral” (SCHREIBER, 2012, p. 89).

Portanto, dada a multiplicidade de funções desempenhadas pela boa-fé objetiva no ordenamento jurídico, revela-se de fundamental importância lançar luzes sobre a função restritiva dos direitos subjetivos com o intuito de identificar o correto significado do instituto do abuso do direito na atualidade.

Cediço que o Estado liberal-burguês concedeu ampla margem de atuação para os particulares, pautando sua atuação na garantia fictícia de uma igualdade formal perante a lei, o que gerou inúmeras injustiças e desigualdades materiais.

Para mitigar essa atrocidade social, desenvolveu-se a figura do abuso do direito com vistas a impor limites ao direito subjetivo para remodelar seu significado perante os novos valores do direito privado (LOUREIRO, 2008, p. 97), firmado na centralidade da pessoa humana.

Observa-se, assim, a preocupação da Ciência do Direito com os excessos cometidos ao longo do século XX que, sob os auspícios de mero exercício dos direitos subjetivos, resultaram nas maiores atrocidades da humanidade.

Por isso que, no Direito Civil brasileiro, comete abuso do direito aquele que exerce o direito contrariando o fim social do ato, assim como aquele que o exacerba. Eis a dicção precisa da norma do art. 187 do CC: “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 e pelos bons costumes”.

Diante da ordenação contratual, o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de 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 (NEGREIROS, 2006, p. 41).

Dessa forma, caracteriza abuso do direito o exercício de maneira aparentemente normal (lícita), porém, que se apresenta em desconformidade com o *telos* que o Direito pretende por meio dele assegurar.

Vista a interligação entre a boa-fé objetiva e o abuso do direito, passa-se à análise do fundamento histórico-jurídico da limitação do direito subjetivo para, em seguida, analisar-se a composição do instituto no Direito Civil brasileiro.

### **3 A teoria do abuso do direito no Código Civil brasileiro**

Não se questiona a predominância do individualismo e do voluntarismo na sociedade dos séculos XVIII e XIX, os quais construíram a ideia acerca da possibilidade de exercício amplo e absoluto dos Direitos, culminando com a categoria denominada direitos subjetivos, “tidos como a expressão do poder, da vontade e da liberdade do cidadão, tendo em vista seus interesses (LOPEZ, 2009, p. 50).

Essa categoria, no entanto, passou a sofrer restrição a partir do final do século XIX e início do século XX, num movimento capitaneado pela intervenção do Estado no cerne

das relações privadas a fim de promover o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos.

É nesse contexto que começa a se falar em dirigismo contratual, regras de limitação do uso da propriedade com novos contornos ao direito de vizinhança e na proibição de atos emulativos, todos estes como manifestação da relativização do exercício dos direitos subjetivos.

Diante dessa nova realidade do Direito Privado e, em especial, do direito subjetivo, surge a teoria do abuso do direito, tendo como nota distintiva o respeito ao direito do outrem e aos valores básicos do sistema jurídico, dentre os quais a boa-fé e a função social e econômica do exercício dos direitos, que são pautados na eticidade, funcionalidade e solidariedade constitucional.

É como fruto da fertilidade do direito civil francês (MIRAGEM, 2009, p. 71), ainda da fase inicial do Código de Napoleão, que começam a surgir, na Era Moderna, as primeiras formulações jurisprudenciais a respeito do abuso do direito.

O caso paradigmático da teoria do abuso do direito ocorreu quando o Tribunal de Apelação de Amiens julgou o caso do proprietário de imóvel que, no exercício do seu direito de propriedade, ergueu construções de madeira com lanças de ferro nas pontas tendo como propósito impedir ou dificultar a subida de balões da propriedade vizinha, no caso que ficou conhecido como *Clément-Bayard x Cocquerel*. (LUNARDI, 2008, p. 107).

Desde então a doutrina cuidou de aperfeiçoar a teoria do abuso do direito, valendo destacar as iniciativas do BGB alemão (§226 e §826), do Código Civil suíço (art. 2º), do Código Civil português (art. 334) e, por fim, da legislação espanhola (art. 7º).

Para a definição da teoria do abuso do direito existem duas grandes perspectivas, a subjetiva e a objetiva. Pela primeira, é indispensável a presença do elemento culpa aliado ao propósito específico de, a partir do exercício do direito subjetivo, prejudicar terceiros, figura que se aproxima em muito da teoria dos atos emulativos.

Assim, por essa perspectiva, a caracterização do abuso do direito pressupõe os seguintes elementos: i) exercício de um direito subjetivo; ii) que resulte prejuízo para um terceiro; iii) que haja finalidade específica de causar prejuízo ao terceiro; e iv) que não haja interesse legítimo do titular do direito em exercê-lo de forma a prejudicar terceiro.

Após essa compreensão inicial, surge uma construção intermediária que funcionou como ponte para o surgimento da perspectiva objetiva. Trata-se do conceito de finalidade social do direito subjetivo cunhado por Josserand ao compreender o ato abusivo como desvio da função social ou espírito do direito (PINHEIRO, 2002, p. 95).

A segunda perspectiva contemporânea para a definição do abuso do direito parte do processo de objetivação do direito civil, onde predomina a morte da figura culpa. Daí porque “o abuso do direito é uma expressão consagrada para traduzir hoje, um instituto multifacetado, internamente complexo e que persegue, in concreto, os objetivos últimos do sistema” (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 247).

Após isso, surge a perspectiva objetiva do abuso do direito, segundo a qual ainda que não se tenha presente o ato emulativo, haverá abuso quando o titular do direito exceder a finalidade social para a qual existe. Noutros falares, “haverá abuso de direito simplesmente quando, no exercício de um direito, excede-se a sua finalidade social, a boa-fé ou os bons costumes, ou seja, quando é exercido fora da normalidade” (LUNARDI, 2008, p. 112).

Para o direito positivo brasileiro, tem-se que abuso do direito é o exercício inadmissível de posições jurídicas ou “o ato antijurídico cometido pelo titular de um direito, que ao exercê-lo excede os limites impostos pelos valores éticos e sociais do sistema principalmente a boa-fé, os bons costumes e a finalidade social e econômica do direito” (LOPEZ, 2009, p. 52).

Na legislação positivada, o instituto do abuso do direito foi expressamente previsto no art. 187 Código Civil de 2002, sob a epígrafe aqui já mencionada, segundo a qual “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 e pelos bons costumes”.

Partindo da previsão normativa, entende-se que a configuração do abuso do direito pressupõe a demonstração concomitante de dois requisitos: i) o exercício de direito próprio; e ii) a violação dos limites objetivos, a saber, o fim econômico ou social do próprio direito, a boa-fé ou os bons costumes.

A cláusula geral do abuso do direito, desse modo, ao tempo em que permite a limitação do exercício dos direitos subjetivos segundo os parâmetros da boa convivência social, oferece à proteção da pessoa humana em diversos setores da vida social, novas possibilidades para sua efetivação, a partir das normas constitucionais. Basta, portanto, para a caracterização do abuso, o excesso aos limites impostos pelo

direito subjetivo. Ou como bem propõe Fernando Augusto Cunha de Sá, abusa-se do direito quando se avança para além dos limites do normal, do legítimo: exerce-se o direito próprio em termos que não eram de esperar, ultrapassa-se o razoável, chega-se mais longe do que poderia prever (MIRAGEM, 2009, p. 131).

O primeiro elemento caracterizador do abuso é o exercício do direito pelo titular. Parece tautologia, porém, é importante destacar que se o abuso decorrer de um ato excessivo que não se consubstancia em direito, não haverá abuso de direito, pois não há como abusar daquilo que não se tem.

Em outras palavras, abusar do direito pressupõe a existência desse próprio direito, mesmo nas hipóteses de um ato negativo. Enfim, haverá sempre um direito, uma posição jurídica que o ordenamento jurídico autoriza o exercício, mas que deve observar os limites que ele impõe.

É certo que a vagueza do termo pode suscitar dificuldades na elaboração do conceito para o caso concreto, contudo, nunca é demais lembrar que por se tratar de uma cláusula geral deve o intérprete buscar os elementos valorativos aplicáveis na hipótese, sem descuidar que nessa específica cláusula há “finalidade de proteção da confiança em seu sentido amplo, seja confiança no comportamento do outro sujeito da relação jurídica, assim como na efetividade e adequação das normas e do próprio ordenamento jurídico” (MIRAGEM, 2009, p. 109).

O outro elemento caracterizador, como visto, é a própria existência de limites ao exercício do direito subjetivo na cláusula geral do art. 187 do Código Civil, a saber: fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes.

Relativamente ao fim econômico ou social, destaque-se inicialmente a possibilidade de seu tratamento a partir da dimensão individual ou da coletiva. Pela individual, as hipóteses de configuração do abuso restringem-se aos atos emulativos. Contudo, o melhor critério se dá a partir da dimensão coletiva (ou geral), segundo a qual a utilidade econômica do direito para seu titular deve estar compatibilizada, em seu exercício, com a expectativa da coletividade.

Sucedem que a expressão fim social é a que melhor se adequa ao perfil do atual Direito Civil da contemporaneidade, registrando-se que “a noção de fim social do direito remete à ideia da razão de ser do direito, uma concepção socialmente adequada dos direitos

subjetivos frente aos diversos interesses em curso na comunidade” (MIRAGEM, 2009, p. 138).

De bom alvitre chamar atenção para o fato de que, tratando-se de cláusula geral, a determinação do que seja fim social não é dada *a priori* pelo legislador, mas antes pretende se adaptar ao desenvolvimento histórico das relações jurídicas e à extensão de sua compreensão pela comunidade.

Sobre a boa-fé enquanto limite integrante da teoria do abuso do direito, já se disse que ela funciona como *standard* ou modelo corretivo de conduta, esperado por todos os sujeitos da relação jurídica, conforme o padrão de homem médio.

Por essa razão é que, para além de criar direitos anexos ou laterais, a boa-fé também funciona como limitadora de direitos, circunstância que permitiu o desenvolvimento das figuras da *exceptio doli*, *verwirkung*, não alegação de nulidades formais, *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício jurídico.

Por fim, o limite dos bons costumes diz respeito à moral inerente a uma dada sociedade, estando umbilicalmente ligada às convicções morais de uma sociedade, reclamando para sua construção a admissão dos seguintes critérios: sociológico e axiológico.

Pelo critério sociológico, bons costumes “constituem-se dos hábitos e comportamentos observáveis em uma comunidade, e que se encontram legitimados por serem praticados pela maioria dos seus membros, razão pela qual são tidas como condutas desejáveis” (MIRAGEM, 2009, p. 147). Por sua vez, o segundo critério não reclama apreciações subjetivas, mas sim um critério objetivo e transcendente, perdurável no tempo, e ligado a uma ponderação axiológica.

Esses são, portanto, os modernos delineamentos da cláusula geral do abuso do direito que, além de expressamente servirem à caracterização de uma das modalidades de ato ilícito no Direito brasileiro, funcionam como instrumentos idôneos para a veiculação dos princípios informativos do atual Código Civil nas relações privadas, sancionando condutas que violem a eticidade, a boa-fé e a legítima expectativa dos sujeitos.

## **Considerações Finais**

A incorporação de princípios e valores constitucionais pelo Direito Privado resultou na mudança paradigmática dos princípios informativos do Direito Civil brasileiro, que passou a se assentar nas ideias de dignidade da pessoa humana, eticidade, socialidade e operabilidade.

Essa nova essência implicou profundas mudanças nos mais diversos institutos do Direito Civil, sendo paradigmática a adoção, pelo legislador do CC/2002, do modelo de cláusulas gerais na redação dos dispositivos legais.

Por essas cláusulas, a tarefa hermenêutica ganhou importância, na medida em que transferiu do legislador para o intérprete a incumbência de preencher a vagueza da regra, criando a norma ajustada para o caso concreto.

Como traço distintivo dos novos tempos, erigiu-se a boa-fé objetiva como elemento central tanto para a interpretação principiológica, quanto para a análise da correção da conduta dos sujeitos de direito no âmbito de suas relações privadas.

É pelas lentes da boa-fé objetiva que se passará em revista os tradicionais institutos privados, requerendo conformidade não apenas com a previsão fria do texto legal, mas principalmente com a normatividade ética das diversas posições jurídicas.

Nesse contexto de relativização do direito subjetivo, avulta de importância a figura do abuso do direito, mecanismo de controle do exercício inadmissível de posições jurídicas, destinado a reparar ilícitos e, em especial, corrigir distorções dogmáticas e práticas do Direito.

Conclui-se, portanto, que em um ambiente de interesses contrapostos, como é o Direito Civil, a figura do abuso do direito ganha relevo para a tarefa de ressignificação dos conceitos legais com base no trato da confiança e respeito à pessoa humana.

## **Referências**

BOULOS, Daniel Martins. **Abuso do direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Trad. Esp. de Juan Jose Gil Cremades. Ed. Universidad de Navarra, 1968.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A aplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* aos contratos administrativos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos: teoria geral e contratos em espécie**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, vol. 885, jul. 2009.

LUNARDI, Fabrício Castagna. A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional: novos paradigmas para os contratos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. vol. 34, Abr-Jun/2008.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, vol. 753, jul. 1998.

\_\_\_\_\_. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, vol. 819, jan. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 2007, v. I, t. IV.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 3ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.



TARTUCE, Flávio. Sentença: a boa-fé objetiva e o dever do credor de mitigar a perda (*duty to mitigate the loss*): aplicação do Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário**: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito civil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.