



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Teorias Consectárias do Abuso de Direito

Danielle Moraes Leite

Rio de Janeiro
2010

DANIELLE MORAES LEITE

Teorias Consectárias do Abuso de Direito

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof.^a Mônica Areal

Prof.^a Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

TEORIAS CONSECTÁRIAS DO ABUSO DE DIREITO

Danielle Moraes Leite

Graduada pela Universidade Candido Mendes - UCAM, na cidade do Rio de Janeiro - RJ.
Advogada. Juíza Leiga.

Resumo: tem se tornado cada vez mais frequente a existência de decisões judiciais voltadas para coibir condutas maliciosas, que justificam sua legalidade em nome de um exercício regular de direito. Essas condutas, flagrantemente violadoras da boa-fé objetiva, são classificadas como modalidades de abuso de direito e jurisprudencialmente, vêm sendo identificadas por inúmeras teorias, que descrevem sua incidência e as repreende. A essência do trabalho é abordar o conceito de abuso de direito e apresentar algumas das teorias, consectárias de tal instituto, como a teoria dos atos próprios, o dever de mitigar as próprias perdas, o adimplemento substancial do contrato e a de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, apontando os entendimentos doutrinários que fundamentam estas modalidades de abuso de direito, assim como descrevendo a forma como foram recepcionadas pelo ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: abuso de direito; teoria dos atos próprios; *venire contra factum proprium*; *surrectio*; *supressio*; *duty to mitigate the loss*; dever de mitigar as próprias perdas; adimplemento substancial do contrato; *substancial performance*; ninguém pode se beneficiar da própria torpeza; *tu quoque*.

Sumário: Introdução; 1. Abuso de Direito; 2. Teoria dos Atos Próprios – *venire contra factum proprium*; 3. *Supressio* e *Surrectio*; 4. Dever de Mitigar as Próprias Perdas - *duty do Mitigate the Loss*; 5. Ninguém pode se Beneficiar da Própria Torpeza – *tu quoque*; 6. Teoria do Adimplemento Substancial do Contrato – *substancial performance*; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, a boa-fé passou a ser perquirida não mais como um elemento inserido na vontade do sujeito da relação jurídica – a simples boa-fé

subjetiva, mas, sim, como um dado que é aferido objetivamente pela análise dos atos exteriorizados por determinado sujeito.

Desta feita, a repressão a comportamentos violadores da boa-fé objetiva, que agora é verdadeira regra de conduta, representa uma concretização dos anseios à segurança jurídica e ao princípio da confiança.

No entanto, contrariando essa nova postura, que é exigida nas relações em geral, verifica-se na prática jurídica que é cada vez mais comum a existência de atos jurídicos mascarados de uma aparente licitude, que justificam sua legalidade como forma de manifestação de suposto exercício regular de um direito.

Na verdade, tais atos se revelam como formas indiretas de violação da boa-fé, dos bons costumes e da lealdade, que devem ser observados nas relações jurídicas em geral, configurando assim verdadeiro abuso de direito.

Busca-se demonstrar para o leitor que na tentativa de coibir essas condutas, os ordenamentos jurídicos de todo o mundo vêm se preocupando em identificar e descrever sua incidência, surgindo desta forma diversas teorias inéditas, conseqüências do que se denomina abuso de direito.

Objetiva-se abordar o conceito de abuso de direito e elencar suas modalidades, materializadas em teorias que vêm sendo aplicadas no Direito Brasileiro, apontando sua origem, conceituando-as, descrevendo o *leading case* em que foram efetivamente reconhecidas pelo ordenamento pátrio e, por fim, descrevendo a forma como vêm sendo aplicadas pela jurisprudência brasileira.

Neste diapasão, ao longo do artigo serão analisadas as seguintes modalidades de abuso do direito: teoria dos atos próprios, também conhecida como *venire contra factum proprium*; a teoria do abuso de direito por omissão ou *supressio e surrectio*; a teoria do dever de mitigar as próprias perdas, originariamente conhecida como *duty to mitigate de loss*; o

brocardo de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, originada do *turpitudinem suam allegans non auditur* e, por fim, a teoria do adimplemento substancial do contrato, conhecida sob o nome de *substancial performance*.

A metodologia utilizada na confecção do artigo científico será pautada pelo método histórico-jurídico.

Com base no exposto, espera-se demonstrar que vivenciamos um momento jurídico onde a boa-fé se exterioriza nas relações jurídicas pelos mais variados meios e que é patente a preocupação dos aplicadores do direito em coibir qualquer ato, ainda que aparentemente legal, em que reste evidenciada a sua violação.

1. ABUSO DE DIREITO

Os primeiros sinais do abuso de direito foram percebidos no Direito Romano. Todavia, sua sistematização, mediante emprego de elementos objetivos para sua aferição somente ocorreu nas legislações do Século XX.

O primeiro *leading case*, em matéria de abuso de direito, data de 1912 (Anderson Scheiber, 2005). Trata-se do famoso caso Clement Bayard, julgado pela Corte de Amiens, onde fora taxativamente aceita a teoria do abuso de direito.

Nesse caso, o proprietário de um terreno confinante a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa plausível ou interesse próprio, enormes torres com lanças de ferro colocadas em seus vértices, as quais, por sua vez, passaram a representar perigo para as aeronaves que ali aterrissavam. Assim, ao proferir o julgamento da causa, o

Tribunal considerou abusiva a conduta do titular do domínio, atestando, portanto, o exercício anormal e despropositado do direito de propriedade.

Outro famoso caso que bem caracteriza a figura do abuso de direito, passou-se no início do século XX e encontra-se inserto na jurisprudência alemã. Consta que o proprietário de uma fazenda, sob a alegação de que sempre que se encontrava com seu filho ocorria uma briga, impediu-lhe que penetrasse em suas terras, a fim de visitar o túmulo de sua mãe, que lá se encontrava sepultada.

Apesar de não encontrar amparo na legislação, o filho provocou a tutela jurisdicional estatal e obteve ganho de causa, tendo-lhe sido assegurado o direito de visitar as terras de seu pai nos dias de festa. Tal decisão consistiu no grande marco para a plena caracterização do abuso do direito no ordenamento jurídico da Alemanha.

No Direito moderno, a primeira legislação a tornar defeso o exercício do direito desatrelado a qualquer limite, foi Código Civil da Prússia, de 1794. Em seguida, a doutrina do abuso de direito fora difundida na maioria dos ordenamentos jurídicos das grandes nações, notadamente no Direito Italiano, Russo, Argentino e Português, tendo este último, influenciado o Código Civil brasileiro de 2002.

No Direito brasileiro, o revogado Código Civil de 1916 não previa expressamente o instituto do abuso do direito. Por este motivo, a doutrina e a jurisprudência utilizavam uma interpretação inversa do dispositivo contido no inciso I do art. 160, o qual, por sua vez, albergava como excludente do ato ilícito o exercício regular de um direito.

Contudo, acompanhando esta evolução jurisprudencial com expressão mundial, o atual Código Civil preencheu essa lacuna legislativa, com a criação do art. 187, embora a doutrina e a jurisprudência já fizessem uso do instituto há algum tempo.

O abuso de direito pode ser conceituado como o exercício irregular de um direito subjetivo, que, sob o pretexto de realizá-lo com base na lei, dela se afasta por contrariar os

princípios e valores que compõem o ordenamento jurídico, contendo em seu interior práticas que contrariam o bom senso e a equidade, não estando apto à produção dos efeitos visados por seu agente, além de sujeitar-se às sanções correspondentes.

O art. 187 do Código Civil, ao versar sobre o abuso de direito, caracteriza-se como autêntica cláusula geral, permitindo que o operador proceda à subsunção do fato à norma de maneira aberta e sensível à temática analisada, de modo a coibir e punir o abuso de direito, o que fundamenta as teorias que serão abordadas neste trabalho.

Para a configuração do abuso de direito é necessário que o exercício do direito exceda aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, conforme dispõe a literalidade do art. 187 do Código Civil vigente.

No que tange à indenização decorrente de abuso de direito, não se investiga o elemento subjetivo culpa, mas tão-somente a presença dos elementos objetivo-finalísticos supracitados, contidos no art. 187 do Código Civil.

Além disso, o art. 187 do Código Civil, diante dos fins sociais a que se destina, é norma de ordem pública e, portanto, pode ser aplicada de ofício pelo juiz.

Vale ressaltar que a prática de atos reputados como abuso de direito pode se manifestar nos mais variados ramos do Direito, cabendo ao operador do direito estar atento aos parâmetros legais para identificá-lo, evitar a produção de seus efeitos nocivos, bem como impor a sanção necessária, de cunho pedagógico-preventiva.

Nesse contexto, os doutrinadores e aplicadores do direito começaram a identificar alguns padrões de conduta que podem ser classificados como abuso de direito, criando assim teorias que descrevem tais comportamentos, a fim de que, com base no princípio da confiança, possam ser veementemente repreendidos, para garantir a manutenção da boa-fé objetiva e da segurança jurídica nas relações em geral.

Passaremos agora à análise de algumas dessas teorias, que tiveram maior repercussão no ordenamento jurídico brasileiro e que já vem sendo aplicadas e aceitas pacificamente no meio doutrinário e jurisprudencial.

2. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS – *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

O *venire contra factum proprium* é uma modalidade de abuso de direito caracterizada pela prática de um comportamento contraditório, ou seja, pelo exercício de um direito que afronta uma expectativa criada pelo seu titular de que aquele direito não seria exercido.

Em outras palavras, ocorre o *venire contra factum proprium* sempre que alguém exerce o direito depois de ter criado em terceiros a expectativa de que não iria fazê-lo.

Em feliz conceituação o Ministro Ruy Rosado de Aguiar assim sintetizou a proibição do *venire*: "Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior".

Seguindo uma tradução literal, o brocardo "*nemo potest venire contra factum proprium*" significa proibição de comportamento contraditório. Contudo, ao recepcionar tal teoria, o direito brasileiro preferiu denominá-la de Teoria dos Atos Próprios.

É claro que o conceito clássico de ato ilícito, que era um conceito puramente subjetivo, jamais admitiria a ilicitude por *venire contra factum proprium*, porque neste caso o titular está exercendo um direito seu, mas está exercendo depois de criar a expectativa de que aquele direito não seria exercido.

A incidência da teoria dos atos próprios é admitida tanto no campo das relações privadas, quanto no campo das relações de direito público. Inclusive, na jurisprudência norteamericana, já se encontram precedentes da aplicação deste instituto até mesmo nas relações travadas entre os particulares e o Poder Público.

A primeira de todas as hipóteses de incidência da teoria dos atos próprios julgada no direito brasileiro em um Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal e se deu no contexto em que se segue.

Na década de 70, uma mulher próspera, empresária famosa, se apaixonou por um homem muito mais novo do que ela. Diante de toda resistência da sociedade em razão da diferença de idade entre o casal, o que na época era um escândalo, eles foram até o Uruguai e se casaram. Vale ressaltar que a legislação Uruguia prevê como regime de bens oficial a separação legal de bens.

Tempos depois, este casal requereu a homologação daquele casamento pela justiça brasileira, onde, na década de 70, vigorava o regime de comunhão universal. Mais tarde, esta mulher fez uma doação ao seu marido e com este dinheiro ele montou uma empresa para dar apoio logístico às empresas dela, do gênero alimentício.

Em pouco tempo ele faliu e, conseqüentemente, todos os credores tentaram executar suas dívidas, mas seu patrimônio não foi suficiente para quitar todo o passivo da empresa. Os credores tentaram, então, atingir o patrimônio da esposa, próspera empresária.

A tese defensiva usada pelo marido para impedir a comunicação dos bens foi de que o patrimônio dela não poderia ser executado, pois eram casados pelo regime de separação total de bens, seguindo a legislação Uruguia e comprovando o casamento neste país. Com isso, a justiça acolheu tal tese e decidiu blindar o patrimônio dela, reconhecendo que, de fato, eram casados sob o regime de separação de bens.

Anos mais tarde a esposa requereu a separação litigiosa da união matrimonial pelo regime de separação de bens e o marido contestou a ação, alegando que eram casados no regime de comunhão universal, já que houve homologação do casamento uruguaio pelo Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, nesse caso, aplicou o *venire contra factum proprium*, reconhecendo que de fato o marido teria direito à meação, mas ele mesmo criou em todos e na própria esposa a expectativa de que eram casados pelo regime da separação absoluta, já que invocou tal fato, inclusive em sua defesa, em um processo de execução judicial. Por este motivo, ele perdeu o direito de exercer o seu direito à meação.

Observe-se que, na época em que foi prolatada tal decisão, não havia sequer um dispositivo específico no ordenamento brasileiro para servir de fundamentação da teoria dos atos próprios, mas, assim como ocorreu em outros países, a tese do abuso de direito foi ganhando força jurisprudencialmente.

Para que seja reconhecida a incidência desta modalidade de abuso de direito em uma relação jurídica, a doutrina exige algumas condições, que devem ser preenchidas antes que se caracterize o comportamento contraditório.

Anderson Scheiber (2005), que já publicou diversos livros especializados neste tema, considera como pressupostos para a incidência do *venire contra factum proprium*: a) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; d) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.

Merece ser ressaltado que tanto o comportamento inicial quanto o contraditório são lícitos, se analisados isoladamente. Porém, no contexto da obrigação geram conseqüências não previstas à outra parte e, portanto, inexigíveis.

O *venire contra factum proprium*, em síntese, atinge diretamente o dever acessório da confiança porque exige que as partes devam manter a retidão de conduta anterior, não podendo quebrar a estabilidade da boa-fé objetiva, porque, em tese, já definiram a expectativa gerada no contrato.

3. SUPRESSIO E SURRECTIO

A *supressio*, expressão empregada em Portugal para a palavra *Verwirkung*, dada pelos Alemães, consiste na redução do conteúdo obrigacional, pela inércia de uma das partes em exercer direito ou faculdade, gerando na outra legítima expectativa de que tal direito nunca será exercido.

Resume-se basicamente no não exercício de um direito por tempo suficiente para gerar uma expectativa de que não há direito ou, pelo menos, de que não há mais interesse nesse direito.

A *surrectio*, ao contrário da *supressio*, representa uma ampliação do conteúdo obrigacional. Aqui, há a prática de um ato reiterado por um indivíduo, que não é titular do direito subjetivo, mas que, com o tempo, acaba o adquirindo.

Supressio e *surrectio* na maioria das vezes formam o verso e o reverso da mesma moeda. Na *supressio* suprime-se a possibilidade do titular exercer um direito porque ele criou em alguém a expectativa de que esse alguém o exerceria em seu lugar. Na mesma medida em que ocorre *supressio* para o titular, ocorre *surrectio* para o terceiro, que adquire um direito gerado pela conduta inerte do seu titular, que lhe permitiu exercê-lo como se titular fosse.

Essa modalidade de abuso do direito pode ser considerada como supressão da possibilidade de exercício de um direito pelo titular por ter ele criado em alguém a legítima expectativa de poder exercer aquele direito em lugar do titular.

Não podemos confundir teoria dos atos próprios com *supressio*. No *venire contra factum proprium* o titular cria uma expectativa de que não vai exercer determinado direito, ele cria a expectativa de que aquele direito não será exercido, nem por ele, nem por ninguém.

Na *supressio* ele cria a expectativa de que alguém exercerá aquele direito em seu lugar, isto é, de que aquele direito não será exercido por ele, mas será por outrem, que passa a ser seu titular - *supressio* para o titular e *surrectio* para o terceiro.

Nos tribunais superiores vêm sendo aplicada a teoria da *supressio* e da *surrectio* com facilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado proferido em agosto de 1999, considerou a relevância do instituto e identificou a ocorrência da *supressio* no campo do condomínio edilício, pelo que se passa a expor.

A Lei 4591/64 proíbe usucapião de área comum em condomínio edilício. No entanto, apesar de a lei proibir, não é raro encontrar condomínios que permitem o uso de área comum a um ou outro condômino, que na prática acabam exercendo seu direito em área comum.

Se o condomínio permite que o condômino use por considerável período de tempo uma área comum, esse condômino não poderá alegar usucapião porque a usucapião de área comum é proibida por lei. No entanto, ele pode invocar a aplicação da teoria da *supressio*, porque o condomínio criou nele a expectativa de que ele exerceria aquele direito em lugar do titular.

Há também um exemplo extraído da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja data de julgamento foi em março de 2009, tratando-se de decisão monocrática do desembargador Marco Aurélio Froes, que demonstra a aplicação inovadora da *surrectio*.

Neste caso, uma ação de despejo foi proposta com base no descumprimento contratual do local de pagamento dos aluguéis. Restou demonstrado que o locatário realizava o pagamento do aluguel por meio de depósitos em caixa eletrônico, os quais de fato caracterizavam forma de pagamento diversa à prevista no contrato.

No entanto, tais pagamentos por meio eletrônico, nunca eram questionados pela autora da ação. Diante disso, houve a aplicação da *surrectio*, e a ação de despejo foi julgada improcedente, haja vista que o locador, diante de sua inércia, gerou uma legítima expectativa no locatário de que poderia agir desta forma.

No texto legal é possível verificar uma hipótese de incidência da *supressio*: é o caso do disposto no art. 330 do Código Civil, que assim prevê: “O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.”

Verifica-se que na literalidade da lei houve uma observância à tutela da confiança à medida que o legislador inadmitte que o credor se beneficie de sua inércia ao exercer seu direito, quando houver gerado na outra parte da relação obrigacional, uma expectativa de aceitação do pagamento em outro local que não o avençado.

A palavra mais importante do artigo é “reiteradamente” por um motivo simples: porque não é qualquer renúncia, não é qualquer concessão, não é qualquer tolerância que gera a *supressio*. A tolerância que gera a *supressio* é uma tolerância reiterada. É aquilo que desperta confiança. Por isso que nem toda tolerância pode implicar em *supressio*, é somente aquela conduta reiterada.

A aplicação da boa-fé sob a forma da *supressio* tem recebido respaldo da jurisprudência, exigindo-se, contudo, para sua configuração: a) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido; b) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor.

Em contraposição, pode-se definir como elementos caracterizadores da *surrectio*: a) certo lapso de tempo, durante o qual se atua de modo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; b) requer-se uma conjunção objetiva de fatores que suscitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; c) impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*.

4. DEVER DE MITIGAR AS PRÓPRIAS PERDAS – *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*

Trata-se de outra construção inovadora, baseada na necessidade de se sobrepor a boa-fé objetiva nas relações jurídicas em geral. Tal teoria consiste basicamente na mitigação do prejuízo pelo próprio credor.

Ou seja, *duty to mitigate the loss* é uma modalidade de abuso do direito praticada pelo credor de determinada obrigação, que consiste na obrigação do credor em buscar evitar o agravamento da situação devedor.

Ocorre abuso de direito, na modalidade em questão, quando o credor exerce um direito seu, gerando prejuízo para si mesmo ou se omite de uma conduta que lhe geraria uma vantagem ou eliminaria uma desvantagem.

Segundo Vera Maria Jacob Fradera (1997), trata-se de um conceito que mantém relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre as partes de um negócio jurídico.

O conceito moderno de obrigação é um conceito de dever de cooperação. Pode-se classificar como um dos deveres anexos da boa-fé nas relações obrigacionais o dever de

cooperação, isto é, não é apenas o devedor quem aspira o cumprimento da obrigação. O credor deve adotar providências para facilitar o cumprimento da obrigação e toda vez que o credor atrapalha o cumprimento da obrigação, ele está prejudicando diretamente a si e, indiretamente ao devedor, porque está agravando a situação deste.

Portanto, o *duty to mitigate the loss*, também conhecido como o dever de mitigar as próprias perdas, é o abuso de direito praticado pelo credor agravando a sua situação e, indiretamente, a situação do devedor, de modo que há violação há boa-fé objetiva e ao seu dever anexo de cooperação.

A recepção deste conceito deu-se de maneira desigual e asistemática, pois alguns ordenamentos o utilizam frequentemente, como é o caso do alemão e do suíço, outros, nem tanto, havendo ainda, aqueles que dele se servem, sem dar-lhe essa denominação, como é o caso da França.

Na verdade, segundo a professora Vera Maria Jacob Fradera (1997), o dever do credor mitigar o dano tem maior amplitude e positividade no âmbito das Convenções Internacionais, por exemplo, a Convenção de Haia de 1º julho de 1964, a respeito da lei uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corporais; os Princípios Unidroit relativos aos contratos de comércio internacional, publicados na cidade de Roma, em 1994; e, o Código europeu de contratos.

No ordenamento brasileiro, poderíamos fundamentar tal instituto com base no artigo 422 do Código Civil, que impõe certo comportamento a ambos os contratantes. Assim, segundo o mencionado dispositivo legal, os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Fato é que expressamente acolhendo o *duty to mitigate the loss* como manifestação do abuso do direito e violação da boa-fé objetiva, o Enunciado 169, da III Jornada de Direito

Civil: “Enunciado 169 da III Jornada de Direito Civil – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

Como exemplo de aplicação do *duty to mitigate the loss*, podemos citar o recálculo das Astreintes, multas diárias fixadas pelos magistrados a fim de compelir o cumprimento de determinada obrigação.

Na prática jurídica verifica-se com grande frequência que o credor espera um longo período para executar a multa fixada para o não cumprimento de uma obrigação, a fim de que atinjam um valor elevado e com isso saia lucrando.

Como esta multa tem natureza inibitória e não indenizatória o dever ético do credor seria executar a obrigação antes de atingir um valor muito elevado, garantindo consequentemente o cumprimento da obrigação.

Se o credor esperou muito tempo para executar, gerando dívidas de patamares desproporcionais entre a obrigação pretendida e o valor final a ser pago pelo devedor, há um abuso de direito.

Nessa hipótese, o juiz deve recalculas as astreintes fixadas originariamente, diminuindo o valor da multa e, com isso reequilibrando a relação jurídica, a fim de que a execução não seja abusiva.

Na mesma linha de compreensão, a Súmula 309, do Superior Tribunal de Justiça é outro exemplo. A legislação brasileira determina que o credor de alimentos tem direito de executá-los, podendo inclusive requerer a prisão do devedor de alimentos. É o único caso de prisão civil que ainda persiste em nosso sistema jurídico.

No entanto, a dívida de alimentos prescreve em dois anos. Se o devedor deixa de pagar dois anos e o credor, em nenhum momento o executa, permitir que o devedor seja preso enquanto não pagar todo o montante devido ao longo desses 2 anos, seria um abuso de direito.

Considerando que a natureza dos alimentos é a subsistência, não havia motivo para o credor esperar tanto tempo para cobrá-los, gerando assim uma dívida cada vez maior.

Seguindo essa linha de raciocínio, foi editada a Súmula 309, estabelecendo que o direito do credor alimentício de pedir a execução sob pena de prisão civil, é somente em relação às parcelas relativas aos últimos 3 meses, bem como as vincendas dentro do processo. Isto porque o Superior Tribunal de Justiça entende que executar sob pena de prisão mais do que os últimos 3 meses é abuso de direito, já que o credor tinha o dever de minorar o seu próprio prejuízo.

Mais um exemplo de incidência da teoria do *duty to mitigate the loss* é o superendividamento que se verifica pelo comportamento do credor nas operações financeiras. Trata-se de conduta do credor, colaborando para o inadimplemento do devedor, sabendo que sua capacidade contributiva não vai a tanto. Nesses casos, de superendividamento é dever do juiz limitar o cálculo dos juros, a fim de coibir o abuso do direito pelas instituições financeiras.

Segundo Flávio Tartuce (2010) o mesmo argumento vale para os casos de descumprimento contratual em contratos bancários. Para ele, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos.

Em casos tais, propõe o supracitado doutrinador que o não atendimento a tal dever traria como consequência sanções ao credor, principalmente a imputação responsabilidade objetiva do credor, com o pagamento de eventuais perdas e danos, ou a redução do seu próprio crédito.

Sendo assim, conclui-se que a teoria do *duty to mitigate the loss* consiste basicamente na conduta exigida do credor de determinada obrigação de mitigar as perdas do

devedor em virtude do inadimplemento, em decorrência do dever anexo de cooperação exigido pela boa-fé objetiva.

5. NINGUÉM PODE SE BENEFICIAR DA PRÓPRIA TORPEZA - TU QUOQUE

O *tu quoque* é abreviação da expressão latina, “*tu quoque, Brutus?*”, que significa: Até tu, Brutus? . Trata-se de famoso brocardo proferido quando Julio César descobriu que seu filho Brutus participava de uma conspiração contra ele. Conclui-se que a expressão transmite uma idéia de surpresa.

Para Flávio Tartuce (2010), verifica-se o *tu quoque* nas hipóteses em que existe um determinado comportamento dentro do contrato que viola seu conteúdo preceptivo e que, apesar disto, propicia a que a parte exija um comportamento conforme ao contrato em relação ao seu parceiro de programa contratual.

Em outras palavras, existe uma contradição em que um dos sujeitos na relação obrigacional exige um comportamento em circunstâncias tais que ele mesmo deixou de cumprir.

O *tu quoque* é uma expressão que revela os deveres anexos de uma relação contratual, decorrentes da boa-fé. Essa locução, também conhecida como *turpitudinem suam allegans non auditur* (o sujeito não pode valer-se da própria torpeza), é designativa de situação na qual a pessoa que viola uma regra jurídica não pode invocar a mesma regra a seu favor, sem violar a boa-fé objetiva.

Tu quoque pode ser classificado como uma espécie de *venire contra factum proprium* aplicado no âmbito das obrigações contratuais. Diferencia-se da teoria dos atos próprios

porque não se objetiva, aqui, a tutela da expectativa de continuidade do comportamento, mas apenas a sua manutenção para preservar o equilíbrio contratual, o caráter sinalagmático das trocas.

Ou seja, trata-se da proibição de comportamento contraditório entre os contratantes, uma limitação contratual imposta às partes do negócio jurídico. Se o contratante exerce o direito seu, violando a expectativa que ele criou, está praticando *tu quoque* e, portanto, ato ilícito.

Exemplo prático em que haveria o benefício da própria torpeza é quando o contratante que, embora não tenha cumprido suas obrigações, exige que o outro o faça, ou seja, caso típico de *exceptio non adimpleti contractus* - exceção do contrato não cumprido.

No entanto, o *tu quoque* é mais amplo do que a *exceptio non adimpleti contractus* porque o *tu quoque* protege relações contratuais não albergadas pela *exceptio*. A exceção do contrato não cumprido é exclusiva dos contratos onerosos e bilaterais, mas o *tu quoque* vai estar presente sempre, porque diz respeito a abuso do direito, mesmo que o contrato não admita a aplicação *exceptio non adimpleti contractus*.

Isto é, os contratos unilaterais gratuitos ou os contratos que têm cláusula *solve et repete*, não admitem a incidência do *exceptio non adimpleti contractus*, mas é sempre possível a aplicação do *tu quoque*, já que se trata de modalidade de abuso do direito no que tange às obrigações em geral.

Segundo Menezes Cordeiro (2001), haveria uma trílice função do *tu quoque*: a) manter, dentro do espaço contratual, o equilíbrio sinalagmático, b) manter o equilíbrio do exercício de direitos subjetivos que deferem o mesmo conteúdo de bens e, também, c) vedando o que se possa entender como abuso de direito, que na prática se trata de atuação de posição jurídica de que não se é titular ou que foi obtida de modo indevido.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou utilizando-se do termo *tu quoque* em um Recurso Ordinário, impetrado contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da Bahia em um recurso ordinário em mandado de segurança (RO em MS número 14.908/ BA).

Nesse caso o recorrente alegava violação de seu direito líquido e certo, em face do afastamento de suas funções - oficial de registro de imóveis - pelo Juiz de Direito, com a finalidade de apurar denúncias de diversos crimes que o recorrente supostamente teria cometido contra a Administração Pública, em razão da sua função.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de indícios veementes de perpetração de vários crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade pelo oficial de registro e afastou a tese defensiva de que seu afastamento fere direito líquido e certo, sob o argumento de que essa postura do recorrente equivale ao comportamento contraditório de benefício da própria torpeza – “expressão particular da teoria dos atos próprios -, sintetizado no *tu quoque*, reconhecido nesta Corte nas relações privadas, mas incidente, também, nos vínculos processuais, seja no âmbito do processo administrativo ou judicial.”

Com base neste argumento o Superior Tribunal de Justiça manteve o recorrente afastado de suas funções, reconhecendo que tal medida tem caráter cautelar.

Sendo assim o *tu quoque* configura-se em limitação ao exercício de direitos subjetivos no âmbito de uma relação contratual, decantada do princípio da boa-fé objetiva, vetor de orientação da conduta das partes de uma relação obrigacional.

Em síntese, o *tu quoque* determina que o sujeito não pode se valer da própria torpeza, situação na qual a pessoa que viola uma regra jurídica invoca a mesma regra a seu favor.

6. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL – *SUBSTANCIAL PERFORMANCE*

A teoria do adimplemento substancial, também conhecida no Brasil como adimplemento substancial, inadimplemento mínimo ou inadimplemento irrisório, é oriunda da doutrina da *substancial performance*, que surgiu a partir da jurisprudência inglesa do século XVIII, com base na distinção entre as cláusulas *condition* e *warranty*, que equivalem, respectivamente, às obrigações principais e acessórias do contrato.

Para os doutrinadores ingleses, a *condition* era considerada uma obrigação dependente, na medida em que traduz uma obrigação correspondente da outra parte, sendo, por isso, entendida como responsável pelo equilíbrio contratual.

Já a *warranty* constituía uma obrigação independente e sem relação de reciprocidade contratual, pelo que se entendia que seu descumprimento não influenciava a comutatividade contratual, a ponto de permitir a resolução do contrato, que é vedada, ao credor, no adimplemento substancial.

Como esclarece Anelise Becker, os Tribunais ingleses começaram, a partir da doutrina da *substancial performance* e da consideração da *warranty*, a questionar se a intensidade da inexecução era suficiente para permitir a resolução ou, pelo contrário, para se reconhecer que a prestação realizada pelo devedor correspondia à substancialidade da obrigação ajustada, apesar de incompleta.

No direito brasileiro, a jurisprudência vem encarando o adimplemento substancial como uma mera comparação entre a insignificância do inadimplemento e o valor total do negócio. É o que se passa a expor.

Os artigos 389 e 395, do Código Civil, dispõem que é direito da parte requerer a rescisão contratual com todos os seus efeitos quando ocorrer o descumprimento das obrigações pela outra parte.

Em outras palavras, toda vez que o contratante descumpre as suas obrigações, gerando inadimplemento contratual, surge para a outra parte o direito à rescisão com todos os seus efeitos, quais sejam: perdas e danos, incidência de juros e correção monetária, assim como de verba honorária e custas processuais.

No entanto, há casos em que apesar de haver inadimplemento contratual que justifique a rescisão, tal conduta não se revela razoável e nem mesmo equilibrada diante do caso concreto, ferindo assim a boa-fé e seus deveres anexos.

A teoria do adimplemento substancial para o direito brasileiro consiste em modalidade de abuso do direito do credor ao requerer a rescisão do contrato, quando o descumprimento de obrigações pelo devedor foi mínimo, irrisório.

Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva (2007) é um adimplemento tão próximo do resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão somente o pedido de indenização.

Note-se que o credor não perde o direito ao crédito - ele perde o direito de rescindir o contrato, que são institutos bem diferentes. Sendo reconhecido o abuso da rescisão e sua conseqüente ilicitude, o credor terá que promover uma ação de cobrança comum para reaver o seu crédito.

Não caberá uma rescisão contratual porque, diante das peculiaridades deste caso, consubstanciou-se o *substantial performance*, isto é, o abuso do direito do credor de requerer a rescisão.

Assim como as demais teorias abordadas ao longo deste artigo científico, o Código Civil de 2002 não previu, expressamente, o adimplemento substancial. Sua aplicação vem se

realizando com base nos conceitos de boa-fé objetiva, da função social dos contratos, da vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa.

Haja vista que se trata de uma criação jurisprudencial e doutrinária, a aplicação da teoria do adimplemento substancial exige a ocorrência de três critérios, que foram propostos por Anelise Becker (1994), quais sejam: a) proximidade entre o efetivamente realizado e aquilo que estava previsto no contrato; b) que a prestação imperfeita satisfaça os interesses do credor; c) refere-se ao esforço, diligência do devedor em adimplir integralmente.

Pode-se verificar a aplicação da teoria do adimplemento substancial em dois julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça: REsp 272739/MG e 293722/SP. Nesses dois casos, o STJ reconheceu o abuso do direito do credor no requerimento da rescisão, e julgou improcedente o pedido de extinção do contrato.

Nesses precedentes, o credor de um contrato de financiamento com alienação fiduciária buscava reaver o bem alienado fiduciariamente, que estava em posse do devedor, em razão do inadimplemento da última parcela do contrato de financiamento.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça a extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada.

Para o Superior Tribunal de Justiça se o que faltava era apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido, devendo ser mantido, cabendo ao credor executar o débito.

Em síntese, usar do inadimplemento parcial para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional.

Sendo assim, no Brasil, o adimplemento substancial se impõe como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que o credor alegue a mora e peça a extinção do contrato, se existem outros meios para reaver o crédito o que, em certas hipóteses, se revelam como meio menos gravosos e mais adequados para a manutenção do equilíbrio do contrato como um todo.

CONCLUSÃO

Vivencia-se uma realidade jurídica em que a boa-fé objetiva exerce diversas funções, influenciando diretamente as relações jurídicas em geral. Através do presente trabalho, conclui-se que dentre essas funções, a boa-fé serve de limite ao exercício de direitos subjetivos.

Não há dúvidas de que os aplicadores de direito já reconhecem esta função limitadora, pois as decisões judiciais vêm se preocupando em identificar atos eivados de aparente ilicitude, mas que em sua essência são diretamente violadores da boa-fé, razão pela qual, são classificados como abuso de direito e, com isso, reprimidos.

Seguindo essa tendência de privilegiar a boa-fé objetiva nas relações jurídicas, são sedimentadas teorias, como as abordadas no presente artigo, que identificam abusos de direito, possibilitando que os aplicadores do direito fundamentem suas decisões com base nessas construções doutrinárias e jurisprudenciais, que representam modalidades de abuso de direito.

As teorias consectárias do abuso de direito representam um grande avanço no ordenamento brasileiro, a fim de se permitir, de forma eficiente, a manutenção da segurança

jurídica e a aplicação do princípio da confiança, que deixam de ser conceitos vagos, para se tornar uma realidade, presente nas relações em geral.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Anelise. "A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista", in *Revista da Faculdade de Direito da U.F.R.G.S.*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, n. 9, nov. 1993.
- BECKER, Anelise. "Inadimplemento Antecipado do Contrato", in *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, n. 12, out./dez.1994.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 95.539/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Publicado no DOU de 14.10.96
- CARPENA, Heloísa. *O abuso do direito no código de 2002: relativização de direitos na ótica civil constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo [coord.]. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CORDEIRO, Menezes e MANUEL, Antonio da Rocha. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2001.
- COSTA, Judith Martins. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil novo. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 16 jan. 2010.
- COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ELIAS, Sergio Sipereck. Venire contra factum proprium. *Revista Científica da Faculdade das Américas - Ano II – número 1 – 1º semestre de 2008*.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.), *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SCHREIBER, A. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SILVA, Clóvis V. do Couto E. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1ª ed., 2007.
- TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e a primeira abordagem*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br>>. Acesso em: 10 junho de 2010.
- TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do novo Código Civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do*

Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 18 maio.2010.