

EDITORIAL

Abuso do direito potestativo

A formulação teórica da noção de pretensão (*Anspruch*), atribuída a Bernard Windscheid no final do século XIX, permitiu a fragmentação conceitual de diversas situações jurídicas subjetivas. A partir daí, ao lado do direito subjetivo, dotado de pretensão de exigibilidade do dever jurídico que lhe é contraposto, outras posições jurídicas adquiriram enorme relevância, em particular o direito potestativo. Figura fundamental nas relações privadas, ao direito potestativo não se contrapõe dever ou prestação. Ao contrário da dinâmica do direito subjetivo, a satisfação do seu titular dá-se pela interferência na esfera jurídica de outro titular, que se submete, pura e simplesmente, ao seu exercício. Por esse motivo também designado de direito formativo, traduz o poder unilateral de constituição, alteração ou extinção de relação jurídica. Constituem-se exemplos de direitos potestativos a prerrogativa de rescisão ou extinção contratual, a opção de compra e venda, o direito de arrependimento oferecido ao consumidor.

Com o desenvolvimento da doutrina do abuso do direito, tem-se admitido, com razão, a possibilidade de exercício abusivo não somente no caso de direitos subjetivos, mas também em hipóteses de direito potestativo. Afirma-se, nessa direção, que mesmo na atuação unilateral do titular, atribuída por lei ou por contrato a seu exclusivo alvedrio, mostra-se possível identificar cenário de abusividade. A jurisprudência, tanto em processos judiciais como arbitrais, tem registrado numerosos precedentes nesse sentido, ao argumento de que o controle de abusividade deve alcançar também o exercício unilateral daquele que, ao se valer de prerrogativa contratual ou legal, desvirtua a sua finalidade, atuando de modo incompatível com a boa-fé objetiva ou com a função reservada pelo ordenamento ao direito que lhe foi atribuído. Há no exercício abusivo disparidade entre a atuação do seu titular e a finalidade pretendida pela ordem jurídica com a respectiva prerrogativa.

Tais argumentos, embora verdadeiros, não autorizam a hiperbolização desse controle funcional, reduzindo o direito potestativo à atuação sujeita à sindicância crescente de motivação casuística, capaz de transformar a prerrogativa contratual, legitimamente conferida, em ato necessariamente motivado e com eficácia condicionada. Uma vez estabelecida a validade e o merecimento de tutela da posição

contratual, somente excepcionalmente parece possível identificar a abusividade no exercício de direito potestativo.

A primeira hipótese possível refere-se à criação na contraparte, por seu titular, de legítima expectativa quanto ao seu não exercício. Imagine-se, ilustrativamente, comportamento do titular do direito potestativo que induza a contraparte à convicção de que não seria levado a cabo o seu exercício. A legítima expectativa – é bom registrar – não decorre da impressão subjetiva, baseada em simples inércia dentro de prazo decadencial. Ao contrário, a expectativa somente poderá ser considerada hábil a conferir confiança quanto ao não exercício de direito formativo (que poderá alcançar, no limite, a *supressio*, ou seja, a renúncia da prerrogativa unilateral) quando acompanhada de atos concretos de reversão da expectativa legal ou contratual de que o direito poderia ser, a qualquer momento, livremente exercido.

A segunda hipótese frequentemente suscitada ocorre no adimplemento substancial. Considera-se substancial o oferecimento de prestação que, embora insuficiente a caracterizar o adimplemento nos termos exigidos pelo contrato, mostra-se capaz de impedir, por ter sido substancialmente cumprida, a resolução da relação obrigacional pela contraparte. Em tal cenário, seria abusiva, afirmam alguns julgados, a pretensão de resolução por parte do contratante fiel. Cuida-se também aqui de categoria frequentemente objeto de confusão conceitual, não sendo razoável fazer tábula rasa dos direitos, deveres e posições de vantagem assumidos contratualmente. Por vezes, valoração meramente quantitativa tem fundamentado decisões que, tendo em vista, por exemplo, o número de prestações já cumpridas em vendas a prazo, impedem a resolução contratualmente prevista.

Tal entendimento mostra-se impreciso por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o percentual do pagamento não necessariamente reflete a maior ou menor satisfação do credor, associada a circunstâncias fáticas diversas e ao conjunto de cláusulas contratuais. Além disso, e mais importante, o interesse útil do credor deve ser extraído do programa contratual tal qual pactuado, cuja obrigatoriedade se mostra fundamental para preservar a segurança jurídica, especialmente diante do abrangente conceito de mora estabelecido pelo codificador brasileiro (art. 394 do Código Civil). Assim sendo, o adimplemento substancial somente pode ser admitido (e, em contrapartida, o exercício abusivo de quem se lhe opõe) quando, em razão do substancial cumprimento da prestação, torna-se possível ao credor a satisfação de seu interesse útil por meio menos gravoso que a resolução contratual. Imagine-se, a título exemplificativo, a possível execução de dívida contratual remanescente com a penhora de bem de valor bastante inferior ao objeto do negócio cuja resolução frustraria. Neste caso, e apenas neste caso, mostra-se razoável e benfazeja a conservação do contrato, prestigiando-se a um só tempo o devedor e o escopo econômico pretendido pelas partes.

Como se vê, mostra-se indispensável, em relações paritárias, em nome da unidade do sistema jurídico, prestigiar a autonomia privada e as posições de vantagem tuteladas pelo ordenamento, sob pena de se banalizar a utilização do abuso do direito e se inverter a alocação de riscos estabelecida nas relações contratuais.

Gustavo Tepedino