

## ***O venire contra factum proprium* nas relações de família**

**Cristiano Chaves de Farias**

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia  
Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela  
Universidade Católica do Salvador – UCSal  
Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito  
e do JusPODIVM – Centro Preparatório para as carreiras jurídicas.  
Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Civil do Curso  
JusPODIVM  
Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família*

**Nelson Rosenvald**

*Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais Mestre e  
Doutor em Direito Civil pela  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP  
Professor de Direito Civil do Curso Praetorium BH/RJ,  
especializado na preparação de candidatos a concursos na área jurídica  
Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal  
Membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família*

### **Resumo**

O avanço científico e sociológico pelo qual passa a família do novo milênio, bem como o esforço de afirmação dos valores constitucionais acatados pela Carta cidadã de 1988, justificam a adoção da confiança como valor jurídico, determinante de toda e qualquer relação jurídica. No particular do Direito de família a confiança altera a essência da relação jurídica familiar, exigindo uma postura mais aberta e contemporânea, essencial para descoberta de suas possibilidades e limites.

**Palavras-chave** Abuso do direito, confiança como elemento das relações jurídicas, boa-fé objetiva no direito de família, o afeto como base do direito de família.

### **Resumen**

El avance científico y sociológico por el cual pasa la familia del nuevo milenio, así como el esfuerzo de afirmación de los valores constitucionales acatados por la Carta ciudadana de 1988, justifican la adopción de la confianza como valor jurídico determinante de toda y cualquier relación jurídica. En el particular del Derecho de familia la confianza altera la esencia de la relación jurídica familiar, exigiendo una postura más abierta y contemporánea, esencial para descubrimiento de su posibilidad y límites.

**Palabras-llave** Abuso del derecho, confianza como elemento de las relaciones jurídicas, buena-fe objetiva en el derecho de familia, lo afecto como base del derecho de familia.

*“Você abusou, tirou partido de mim abusou, tirou partido de mim abusou, tirou partido de mim abusou...”*

(Antonio Carlos & Jocafi)

## 1. O ABUSO DO DIREITO

### 1.1. Noções introdutórias e referências históricas

A teoria do abuso do direito somente despontou no final do século XIX, como superação de concepções individualistas, que entendiam o direito subjetivo como poder da vontade e da expressão maior da liberdade individual, e, assim, ilimitado. Concedida a liberdade e a autodeterminação ao ser humano racional, deveria ele, eventualmente, arcar com a responsabilidade pelas condutas ofensivas ao ordenamento jurídico e, portanto, ilícitas. A introdução do abuso do direito permite vislumbrar uma via intermediária entre o permitido e o proibido.

Construída pela doutrina e pela jurisprudência ao longo do século XX, a teoria do *abuso de direito* deita nítidas raízes no Direito medieval, identificado nos atos emulativos (*aemulatio*), denominação emprestada àqueles atos praticados pelos proprietários ou vizinhos com o objetivo de prejudicar a terceiros. Através das normas da *aemulatio* foi relativizado o direito subjetivo de propriedade (até então compreendido em caráter absoluto), buscando-se verdadeira função social.

O *leading case*, em matéria de abuso do direito, data de 1912. É o caso *Clement Bayard*, julgado pela Corte de Amiens, no qual foi acolhida, expressamente, a teoria do abuso de direito. Consta que o proprietário de um terreno vizinho a um campo de pouso de dirigíveis construiu, sem qualquer justificativa ou interesse próprio, enormes torres com lanças de ferro, colocando em perigo as aeronaves que ali aterrissavam. Julgando a causa, o Tribunal reputou abusiva a conduta do titular do domínio, vislumbrando exercício anormal do seu direito de propriedade.<sup>1</sup>

A teoria do abuso do direito resulta, portanto, “de uma concepção *relativista dos direitos*”, como percebe ORLANDO GOMES, acrescentando tratar-se de um “*conceito amortecedor*”, cuja “função precípua é aliviar os choques frequentes entre a lei e a realidade”, tendo como verdadeiro pano de fundo servir como “técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> GOMES, Orlando, *cf. Introdução ao Direito Civil, cit., p. 133.*

<sup>2</sup> GOMES, Orlando, *cf. Introdução ao Direito Civil, cit., p. 131.*

Colocando de lado as discussões travadas por diferentes teorias que tentam justificar ou negar o ato abusivo (e identificá-lo ou distingui-lo do ato ilícito), há de se partir da concepção – fruto da evolução doutrinária – do abuso de direito (ou ato emulativo civil, como também é chamado) como “*aquele pelo qual o sujeito excede os limites ao exercício do direito, sendo estes fixados por seu fundamento axiológico, ou seja, o abuso surge no interior do próprio direito, sempre que ocorra uma desconformidade com o sentido teleológico, em que se funda o direito subjetivo. O fim – social ou econômico – de um certo direito subjetivo não é estranho à sua estrutura, mas elemento de sua própria natureza*”, nas palavras certas de HELOÍSA CARPENA.<sup>3</sup>

Após a superação das variadas formulações negativistas e afirmativas, a doutrina moderna procurou justificar o abuso do direito na esfera do próprio direito subjetivo.

Sobressai, no ponto, o trabalho de JOSSERAND. Aduz o jurista que o verdadeiro critério do abuso do direito é retirado do desvio do direito de seu espírito, isto é, de sua finalidade ou função social, segundo um conteúdo valorativo. Todos os direitos subjetivos devem permanecer no plano da função a que correspondem, sob pena de abuso do direito. A concretização do critério se daria pela aferição do motivo legítimo do ato, confrontando a sua motivação individual com a missão do direito exercido.<sup>4</sup>

O grande contributo de sua concepção foi assinalar as bases estruturais do abuso do direito, quais sejam: *i*) a titularidade de um direito subjetivo; *ii*) a sua utilização nos limites objetivos que lhe são traçados em lei, com respeito à letra da norma; *iii*) a confrontação do elemento pessoal (subjetivo) com a função do fim do direito em causa (elemento social ou objetivo). A grande dificuldade reside na detecção de qual elemento jurídico poderia servir como parâmetro de avaliação dos motivos ilegítimos da atuação do titular do direito.

No momento atual, direciona-se a investigação do abuso do direito para o campo interno e estrutural do direito subjetivo, identificando a sua essência no confronto entre o exercício formal do direito e o seu fundamento valorativo. Ou seja, aparentemente o comportamento do sujeito atende ao direito, mas no ato concreto de seu exercício surge violação de ordem material, posto descumprido o sentido axiológico da norma. A finalidade social do direito penetra em sua própria estrutura, a ponto de justificar o seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico.

Ainda que nem sempre se esteja de acordo sobre a maneira de agir em dada situação, pois várias soluções se mostram em princípio razoáveis, existe normalmente em uma comunidade, em determinado tempo, um amplo acordo sobre o que se tem como desarrazoado e, assim, inaceitável ou intolerável. Essa aplicação não decorre da não-conformidade a regras, porém de uma apreciação do fim almejado, ao qual a ação injusta ou abusiva é manifestamente oposta.<sup>5</sup>

Avulta, aqui, a precisa lição de CUNHA DE SÁ:

<sup>3</sup> CARPENA, Heloisa, cf. *Abuso de direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ética civil-constitucional*, cit., p. 370.

<sup>4</sup> CUNHA DE SÁ, Fernando, cf. *Abuso do direito*, cit., p. 412.

<sup>5</sup> PEREIRA, Chaim, cf. *Ética e direito*, cit., p. 682.

"Não basta, pois, que a estrutura do comportamento material do sujeito seja, formalmente, a estrutura do que é juridicamente possível ou admissível em termos de certo direito subjectivo; há que fazer coincidir a materialidade de tal comportamento ou situação com o fundamento axiológico-jurídico do direito subjectivo em causa, exactamente da mesma maneira por que forma ou estrutura e valor constituem e integram uma única intenção normativa."<sup>6</sup>

Essa definição remete a um critério objetivo de aferição do abuso do direito. Aqui, aderimos ao posicionamento de PEDRO BATISTA MARTINS, no sentido de não ser aconselhável investigar a intenção e a vontade do agente para qualificar o ato abusivo, sob pena de retorno à noção psicológica de dolo e culpa que caracterizava a remota teoria dos atos emulativos. Em sentido contrário, o método objetivo é mais adequado, pois faz decorrer a intenção do próprio ato danoso, isto é, de elementos materiais suscetíveis de demonstração imediata.<sup>7</sup>

Assim, é possível inferir, desde logo, que a caracterização do ato abusivo atrela-se, estreitamente, ao estabelecimento de limites para o exercício dos direitos subjectivos, sujeitando aquele que ultrapassá-los a correspondentes sanções civis, por ingressar no plano da antijuridicidade.

O Código de 1916<sup>8</sup> não dedicou atenção ao abuso de direito, restringindo-se a uma tímida menção, no seu art. 160, I, à proibição de atos irregulares.

Em sede consumerista, o Código de Defesa do Consumidor já cuidava do abuso de direito em diversas oportunidades, como nos arts. 60, IV, 28, 37, 39, 51, 60 e 67. Nessa senda, o art. 51 da Lei Protetiva fulmina de nulidade as *cláusulas abusivas*, que são aquelas disposições opressivas, desfavoráveis à parte mais fraca (vulnerável) da relação de consumo. Sem dúvida, essa repressão explícita das cláusulas abusivas, cominando nulidade (que pode ser reconhecida de ofício pelo juiz), tende ao controle do poder econômico, evitando uma desarmonia contratual, através da flexibilização da liberdade de contratar. Exemplos diversos de cláusulas abusivas (consistindo no estabelecimento de condições contratuais excedendo a boa-fé e a função social do contrato) são encontrados facilmente em nosso cotidiano: as “taxas de serviço” cobradas por hotéis sem qualquer razão de existir, uma vez que a hospedagem já é o objeto da contratação;<sup>9</sup> as cláusulas de não indenizar (cláusulas de isenção de responsabilidade civil) por furtos ou danos causados a veículos em estacionamentos de *shoppings*,<sup>10</sup> restaurantes ou supermercados; a cláusula que permite ao curso cobrar as mensalidades, independente da desistência do aluno,<sup>11</sup> dentre outras.

<sup>6</sup> *CUNHA DE SÁ, Fernando, cf. Abuso do direito, cit., p. 456.*

<sup>7</sup> *MARTINS, Pedro Batista, cf. O abuso do direito e o ato ilícito, cit., p. 124.*

<sup>8</sup> *Diversamente, os Códigos francês, alemão, italiano e português fazem expressa referência ao instituto, chegando mesmo o art. 2º do Código Civil da Suíça a disparar que “todos devem exercer direitos e executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé. O abuso de direito não é protegido pela lei”.*

<sup>9</sup> *Com esse raciocínio, consulte-se JOSE ALBERTO GUARDOS DE CARVALHO SILVA, cf. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 166.*

<sup>10</sup> *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais por danos causados em seus estacionamentos, chegando a editar a Súmula 130: “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.*

<sup>11</sup> *“Contrato. Prestação de serviços. Curso de informática. Desistência após o primeiro mês de aulas. Circunstância que torna inexigíveis as parcelas subsequentes sem a efetiva contraprestação do serviço. Inadmissibilidade, ademais, da multa sancionatória em face da ausência de demonstração de culpa da ré. Ação de cobrança improcedente” (1ª TST Civ. SP, Ac. 8ª Cam. de Férias, Ap Civ. 0924296-6, rel. Juiz Maurício Ferreira Leite, j. 5.7.00, in RT 785:261).*

## 1.2. O abuso de direito na ordem civil-constitucional e a sua íntima relação com a boa-fé objetiva

Historicamente, ausente uma previsão normativa específica em sede civil, se encarregou a jurisprudência da tarefa de emprestar contornos e aplicação ao instituto do abuso do direito,<sup>12</sup> embora, como não poderia ser diferente, sem uniformidade de entendimento.

O Código Civil de 2002, inovando em relação ao texto do seu antecessor, consagrou, expressamente, a teoria do abuso de direito, em seu art. 187, com nítida inspiração no direito português (art. 334 do Código luso):

CC, art.187:

“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”.

O abuso do direito é constatado no instante da violação do elemento axiológico da norma. Instala-se a contrariedade entre o comportamento comissivo ou omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito.

Indaga-se, todavia, se é possível mensurar o que pode ou não ser considerado exercício admissível de determinada posição jurídica. Parece-nos que a resposta se situa justamente nos termos do art. 187 do Código Civil. O essencial do abuso do direito será dado pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função social e econômica dos direitos.

---

<sup>12</sup> O Supremo Tribunal Federal chegou a editar a Súmula 409 consagrando que “ao retomante que tenha mais de um prédio alugado, cabe optar entre eles, salvo abuso de direito”.

Sob o ponto de vista do direito obrigacional, o mencionado artigo é a cláusula geral mais *rica do Codex*. Reúne em um único dispositivo os três princípios éticos que presidem o sistema. Bastaria acrescentar a ordem pública para tê-los todos em vista.<sup>13</sup> Lembra-se que a boa-fé é o parâmetro de correção e honestidade nas relações obrigacionais. No imaginário coletivo, a boa-fé e os bons costumes não seriam conceitos distintos, pois ambos emanam de um anseio ético, convergindo em uma mesma linha moral. Se é verdade que ambos tangenciam a linha da moral e se direcionam à satisfação de anseios gerais, MENEZES CORDEIRO explica que os bons costumes surgem como algo exterior, exprimindo a moral social, a ponto de expressar regras impeditivas de comportamentos que não recebem consagração expressa por determinada coletividade, a certo tempo. Já a boa-fé é algo interior ao ordenamento jurídico. Com base em comportamentos típicos, ela será sistematizada mediante a criação de esquemas normativos de atuação.<sup>14</sup> Ademais, explica KARL LARENZ<sup>15</sup> que a cláusula de bons costumes se aplica indiscriminadamente, enquanto a boa-fé pressupõe um vínculo já existente de confiança entre quem invoca esse princípio e quem deve comportar-se com submissão perante ele. Por isto, nem toda infração à boa-fé significa ofensa aos bons costumes, enquanto qualquer conduta imoral, quando particularizada em relações especiais, atinge gravemente o princípio da boa-fé. A nosso visio, enquanto uma prescreve, a outra proscribe. A boa-fé é afirmativa, pois elabora modelos de comportamento a assumir; já os bons costumes se limitam a suprimir efeitos da atividade negocial nociva. Demais de tudo isso, ao descrever como abusivo o exercício do direito que excede manifestamente a sua função social e econômica, o legislador adverte que, sendo a ordem econômica constitucional submetida aos princípios da justiça e solidariedade (CF, art. 170), será possível uma intervenção no âmbito da liberdade contratual se a forma pela qual o contratante atuar for lesiva ao bem comum. O exercício de um direito de modo contrário ao interesse geral é antijurídico, caracterizando o abuso do direito.

O verdadeiro critério do abuso do direito, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar.<sup>16</sup> Por isso, conforme a lição de TERESA NEGREIROS,<sup>17</sup> boa-fé e 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. Sendo o uso antifuncional do direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte, é forçoso reconhecer que a constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pela análise da boa-fé objetiva.

<sup>13</sup> AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado, cf. "Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos", cit., p. 23.

<sup>14</sup> CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha Menezes, cf. Da boa-fé no Direito Civil, cit., p. 1.213.

<sup>15</sup> LARENZ, Karl, cf. Derecho de obligaciones, cit., p. 145.

<sup>16</sup> NORONHA, Fernando, cf. O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais, p. 175.

<sup>17</sup> NEGREIROS, Teresa, cf. Teoria do contrato, cit., p. 141.

O objetivo da construção jurisprudencial do princípio da boa-fé é justamente dotá-lo de sentido técnico, torná-lo menos fluido, para que não sobeje apenas como referência ética e metajurídica sem qualquer concretização no plano operacional. Essa edificação do princípio por intermédio de uma constante atuação dos tribunais não poderá ser elaborada no que tange aos conceitos de bons costumes e de função social ou econômica dos direitos, em face das razões já apontadas.

Não se pretende, porém, de forma alguma, afirmar que a boa-fé objetiva absorve o abuso do direito. Como sugere COUTINHO DE ABREU, é preferível distinguir as duas figuras e autonomizar os princípios da boa-fé e do abuso do direito.<sup>18</sup> O que nos parece evidente é que, a par da necessária individualização de cada instituto – que, aliás, é o evidente intuito do Código Civil Brasileiro –, há uma área que é comum a ambos.

Para a caracterização do ato abusivo, tem-se que a pedra de toque, o elemento distintivo, é o “motivo legítimo”, que deve ser extraído “das condições objetivas nas quais o direito foi exercido, cotejando-as com sua finalidade e com a missão social que lhe é atribuída, com o padrão de comportamento dado pela boa-fé e com a consciência jurídica dominante”, na preleção de HELOÍSA CARPENA.<sup>19</sup> Nessa linha de idéias, consoante entendimento que já é patrocinado pela melhor jurisprudência, há de se relacionar o abuso de direito ao princípio da boa-fé objetiva, utilizando-o como parâmetro para definir limites do ato antijurídico. Exemplos importantes extraídos de nossas Cortes podem ser trazidos à liça:

“Conta-corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos” (STJ, Ac.unân. 4ª T., REsp. 25.052-3/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 19.10.00, DJU 18.12.00, p. 203).

“... Constitui-se em verdadeiro abuso de direito a negatização de nome do mutuário nos cadastros restritivos de crédito, enquanto a matéria estiver ‘sub judice’. Decisão impeditiva do abuso que homenageia os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal” (TJ/RJ, Ac. 4ª Câmara. Cív., Ag.Inst. 2001.002.16595, rel. Des. Mário dos Santos Paulo, j. 5.3.02).

<sup>18</sup> *ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, cf. “Do abuso de direito”, cit., p. 60.*

<sup>19</sup> *CARPENA, Heloísa, cf. “Abuso de direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ética civil-constitucional”, cit., p. 382.*

Com mais minúcias: não se pode deixar de reconhecer uma íntima ligação entre a teoria do abuso de direito e a boa-fé objetiva – princípio vetor dos negócios jurídicos no Brasil (CC, arts. 113 e 422) – porque uma das funções da boa-fé objetiva é, exatamente, limitar o exercício de direitos subjetivos (e de quaisquer manifestações jurídicas) contratualmente estabelecidos em favor das partes, obstando um desequilíbrio negocial. Por isso, o eventual exercício de um direito contemplado em contrato, excedendo os limites éticos do negócio, poderá configurar abuso de direito. É possível invocar como exemplo decisão do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a abusividade de uma cláusula contratual que autorizava o banco a descontar diretamente na conta-corrente do cliente o valor do empréstimo bancário, “*uma vez que os vencimentos do servidor têm natureza alimentar, não se podendo permitir ao banco continuar a efetivar os descontos*” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 550871/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 1.7.04).

Sem dúvida, “com a inclusão da coibição do abuso de direito na categoria dos atos ilícitos, aquele que, ao exercer direito seu, excede os limites aceitáveis, avaliados segundo o fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes,<sup>20</sup> ocasionando prejuízo a outrem, comete ato ilícito e deve reparar”, como ressaltam INÁCIO DE CARVALHO NETO e ÉRIKA HARUMI FUGIE.<sup>21</sup>

Trata-se, pois, de aplicação da teoria da ilicitude, também, aos atos abusivos, isto é, ao exercício irregular, excessivo, de situações jurídicas, independentemente da culpabilidade do seu titular.

### 1.3. Reconhecimento e efeitos do abuso de direito

Demais de tudo isso, tratando-se de cláusula geral e matéria de ordem pública, o ato abusivo poderá ser suscitado como matéria de defesa (sendo desnecessária a propositura de ação) pela parte interessada, pelo Ministério Público ou mesmo conhecido *ex officio*, a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

<sup>20</sup> *Interessante exemplo de violação dos bons costumes (expressão de conteúdo aberto e de difícil delimitação, reclamando uma compreensão adequada aos valores sociais de cada lugar e tempo) pode ser trazido à lume com a vedação da chamada “farras do boi”: “costume. Manifestação cultural. Estímulo. Razoabilidade. Preservação da fauna e da flora. Animais. Crueldade. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farras do boi” (STJ, Ac. 2ª T., REsp. 153.531/SC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.6.97, DJU 13.3.98). Também mencionando o areste, FLAVIO TAVUZZI, “Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil”, cit., p. 93.*

<sup>21</sup> *CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi, cf. Novo Código Civil Comparado e Comentado, cit., p. 293.*



Reconhecido o ato abusivo (judicialmente, afinal somente cabe ao magistrado detectar, caso a caso, se houve transgressão ao exercício de um direito), a sanção ao ofensor será aquela que possa de maneira razoável atender às peculiaridades do caso. Como as conseqüências não são rígidas, em alguns casos defluirá o dever de indenizar, em outros, poderá o magistrado determinar a revisão de cláusulas abusivas. Por fim, em outras hipóteses o desfecho suficiente será a decretação da nulidade do ato, em conformidade com o art. 166, VI, do Código Civil, quando se refere à fraude de lei imperativa.

Mais ainda, como bem observa o notável ORLANDO GOMES, outras sanções são possíveis, asseverando que “não havendo determinação legal de sanções específicas, a escolha da mais eficaz há de ficar ao prudente arbítrio do juiz”,<sup>22</sup> ilustrando com o abuso praticado no exercício do poder familiar, consistente, e. g., na proibição do direito de visitas aos avós, que pode ser sancionado com a sua destituição.

#### 1.4. O abuso de direito e o Código Civil (art. 187)

Destrinchando as latitudes do abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro, é importantíssimo apresentar algumas notas críticas ao pré-falado dispositivo codificado (CC, art. 187), conquanto tenha sido louvável a sua inserção em nosso direito positivo.

No art. 186, há uma cláusula geral de ilicitude por culpa – praticamente reiterando o famoso art. 159 do Código Civil de 1916. Em contrapartida, o art. 187 enfatiza uma cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva, ao mencionar que “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”.

Sob o influxo do princípio da eticidade, nosso legislador, com mínimas alterações, reproduziu o art. 334 do Código Civil de Portugal,<sup>23</sup> que por sinal é praticamente cópia do art. 281 do Código Civil grego, de 1940, ao dispor que “o exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé ou pelo fim social ou econômico do mesmo direito”.<sup>24</sup>

O mérito do art. 187 do Código de 2002 é realçar que o critério do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social. Acolhe-se a teoria objetiva finalista, que tem em Josserand o seu maior expoente.

O entendimento foi cimentado no Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil, confirmando tal interpretação:

Enunciado 37, Jornada de Direito Civil:

“A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

<sup>22</sup> GOMES, Orlando, *cf.* Introdução ao Direito Civil, *cit.*, p. 135.

<sup>23</sup> “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.”

<sup>24</sup> Alerta AARONSO MENDES CORDEIRO que o Código Civil da Grécia, a seu turno, inspirou-se na doutrina alemã posterior ao B.G.B., pois no § 226 tinha índole subjetiva: “o exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por esboço infringir um dano a outrem”, *cf.* Da boa-fé no direito civil, *cit.*, p. 716.

Como bem pondera RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, desaparece o elemento que até hoje a nossa jurisprudência exige para reconhecer a presença do abuso do direito, que seria a intenção de causar o dano, o "sentimento mau" a animar o agente, pois o Código Civil dispensa o elemento subjetivo e se contenta com a culpa social que reside no comportamento excessivo.<sup>25</sup> Aqui, coloca-se em relevo outro elemento do ato abusivo – a sua causa –, considerado em sentido teleológico: o direito subjetivo é um direito-função e o seu exercício abusivo motiva a ruptura do equilíbrio dos interesses sociais concorrentes.<sup>26</sup>

O legislador qualificou o abuso do direito como ato ilícito e concordemos ou não, é assim que doravante deveremos tratá-lo.<sup>27</sup> Mas de maneira alguma a referida qualificação retira do abuso do direito a sua completa autonomia com relação ao ato ilícito subjetivo, ancorado na culpa.

O art. 186 define como ilícita a violação frontal da norma por qualquer pessoa que infrinja os seus pressupostos lógico-formais. Isto é, de forma apriorística incide uma concreta proibição normativa à prática de uma conduta (comissiva ou omissiva). Mediante uma qualificação exclusiva do legislador, o sistema, automaticamente, reprovava os comportamentos hostis à letra da norma.

No abuso do direito a leitura é diversa. Aqui, alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, no abuso do direito não há desafio à legalidade estrita de uma regra, porém à sua própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que a fundamenta e lhe concede sustentação sistemática.<sup>28</sup>

Como bem pondera HELOISA CARPENA,<sup>29</sup> "em síntese, o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma de antijuridicidade". Sem dúvida, o abuso do direito é modalidade independente de ato ilícito, distanciada da clássica compreensão da ilicitude, que, historicamente, esteve atrelada ao elemento subjetivo.

Conceituando-se a ilicitude como relação de contrariedade entre a conduta humana e a norma jurídica, é possível crer que o abuso do direito também seja um ato ilícito, pois nas hipóteses dos arts. 186 e 187 há uma atuação sem direito. Todavia, tal fato não elimina a autonomia dogmática dos dois institutos.

<sup>25</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, cf. "Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos", cit., p. 23.

<sup>26</sup> CARRENZA, Jorge, cf. El abuso del derecho en la reforma del código civil, passim.

<sup>27</sup> HELOISA CARPENA *dispara contundentes críticas à concepção de abuso de direito como espécie de ato ilícito no Código Civil de 2002. Qualifica a concepção de legislador como "absolutamente anacrônica", por obscurecer os contornos da matéria e caminhar no sentido da responsabilidade subjetiva, sendo a culpa elemento quase indissociável do conceito de ilicitude*, cf. "O abuso de direito no Código Civil de 2002", cit., p. 382.

<sup>28</sup> ROSENVALD, Nelson, cf. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil, cit., p. 184.

<sup>29</sup> CARPENA, Heloisa, cf. "O abuso de direito no Código Civil de 2002", cit., p. 371.

Percebe-se que o abuso do direito revela a contrariedade da conduta ao elemento axiológico da norma, não obstante o comportamento do agente preencha a morfologia do direito subjetivo que se pretende exercer. Aqui haverá uma heteronomia na criação do direito: de um lado, o legislador introduz os valores que não podem ser vulnerados; de outro, o magistrado os preencherá na concretude do caso, examinando a proporção entre o exercício do direito e a sua repercussão teleológica.

A noção de culpa social como lesão à coletividade em uma visão completamente distinta da culpa individual – como conduta imputável moralmente a um agente – já era descrita por ALVINO LIMA, que entendia o "maior prejuízo social como critério fixador do ato abusivo de um direito".<sup>30</sup> Proclama-se, assim, a relatividade dos direitos subjetivos. Bem por isso, não se pode esquecer a advertência de MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, sublinhando que a lei, ao se referir à palavra “direito” (no art. 334 do Código Civil de Portugal, cuja redação é, praticamente, igual à do art. 187 do Código brasileiro), abrange não apenas os verdadeiros direitos subjetivos, como também outras situações que impliquem poderes, liberdades e faculdades, incluindo-se aí os direitos potestativos.<sup>31</sup> Aliás, no tocante ao abuso do direito potestativo, há norma repressiva expressa (art. 473, parágrafo único) que suspende a eficácia do direito potestativo à resilição unilateral por um dos contratantes, enquanto não for superado um lapso temporal suficiente para a outra parte se compensar quanto aos investimentos efetuados para a execução do contrato. Trata-se de evidente imposição de limites éticos à autonomia privada. J. M. LEONI LOPES DE OLIVEIRA acentua que, se o direito subjetivo pudesse conter os limites<sup>32</sup> nos quais o titular pudesse atuar legalmente, o abuso do direito seria uma impossibilidade lógica. As necessidades da vida, porém, têm de superar os obstáculos da lógica jurídica. Por isso, na atualidade, os tribunais têm de forçosamente criar o novo direito, formulando-o em harmonia com as necessidades do instante.<sup>33</sup>

É infeliz a referência à palavra “direito” contida na redação do art. 187 da Codificação, por induzir à idéia de uma restrição à aplicação da teoria do ato abusivo, o que impediria a sua incidência em outras situações jurídicas. Com efeito, ao contrário do que insinua o tipo legal, também as liberdades, as faculdades e os direitos potestativos ou poderes jurídicos admitem a incidência da aplicação da teoria do ato abusivo, uma vez que podem estabelecer vantagens para o seu titular. Corroborando dessa tese, o ilustre Promotor de Justiça no Paraná INACIO DE CARVALHO NETO assevera “não haver direitos insindicáveis em matéria de abuso, aplicando-se a teoria a quaisquer espécies de direitos”, inclusive aos potestativos.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> LIMA, Alvino, *cf.* Culpa e risco, *cit.*, p. 257.

<sup>31</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida, *cf.* Direito das Obrigações, *cit.*, p. 74.

<sup>32</sup> FERREIRO NORONHA compartilha esse raciocínio entendendo que no abuso do direito há antijuridicidade sem culpabilidade. Mas alcança conclusão diversa, por entender que a ilicitude demanda os dois elementos reunidos, admite a licitude do abuso do direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, *cf.* O direito dos contratos e seus princípios fundamentais, *cit.*, p. 85.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de, *cf.* Introdução ao direito civil, *cit.*, p. 444.

<sup>34</sup> CARVALHO NETO, Inácio, *cf.* Abuso do Direito, *cit.*, p. 217.

Merece censura o uso da expressão “exercê-lo” na redação do art. 187, por induzir à falsa conclusão de que a conduta omissiva não poderia caracterizar abuso, o que não corresponde, efetivamente, à realidade. Em verdade, o ato abusivo pode decorrer de condutas comissivas e omissivas, sempre que o titular excede, manifestamente, os limites impostos pela boa-fé objetiva, pela função social e econômica e pelos bons costumes.

Outra observação que comporta reflexão se localiza na inserção do advérbio “manifestamente”, como forma de definir a partir de que limites o ato abusivo será passível de sancionamento pelo sistema. Há certa perplexidade em afirmar que um ato pode ser “muito ou pouco” abusivo. Sejam peremptórios: ou há a violação aos valores da função, boa-fé e bons costumes, ou não há abuso do direito. Não é possível tolerar uma pequena violação a valores, pois toda lesão a princípios, per se, já é relevante. Assim, aderimos ao posicionamento de HELOÍSA CARPENA,<sup>35</sup> no sentido de que “basta a inobservância dos limites axiológicos para caracterizá-lo, sem contemplação de sua extensão ou evidência”.

O abuso do direito só ocupa posição de relevo em ordenamentos jurídicos que reconheçam a prevalência axiológica dos princípios constitucionais e superem a visão míope dos direitos como construções fracionadas e atomizadas. Apenas sistemas abertos terão a capacidade de captar os valores imantados em princípios e enviá-los diretamente às normas privadas, garantindo a supremacia da Lei Maior e a necessária unidade e coerência com os demais sistemas.

A cláusula geral do art. 187 propicia a exata abertura ao influxo dos valores do art. 3º, I, da Constituição Federal, efetuando uma saudável ponderação entre o exercício da autonomia privada do indivíduo e os valores solidaristas que fundamentam o ordenamento. O constante revigoramento da teoria do abuso do direito será conseqüência da diuturna harmonização dos referidos princípios, sempre com vista ao valor supremo da preservação da dignidade da pessoa humana. Não podemos mais repetir impunemente o brocardo “tudo que não é proibido é permitido”. Atualmente, nem tudo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa a afirmação da negação reside o abusivo.

Enfatiza, então, EVERARDO DA CUNHA LUNA que no abuso do direito a ilicitude é objetiva, consistindo na violação da norma pela conduta humana, inferida por um juízo de valor. Não se indaga se a conduta é subjetivamente censurável, se houve culpa ou dolo para que se considere uma ação contrária ao direito. A ilicitude consiste na infração da norma de ação; a culpabilidade, no infringir da norma de motivação.<sup>36</sup>

Ora, sendo a ilicitude objetiva, apenas avulta a valoração do comportamento em face do preceito jurídico, e não a censura ao agente que o perpetrou. Todavia, só se poderá cogitar do abuso de direito quando é suprimido o motivo legítimo do ato. Há um descompasso entre o objetivo perseguido pelo agente e aquele para o qual o ordenamento direcionou o exercício do direito. A violação ao espírito do ordenamento é posta em seus fundamentos axiológicos – boa-fé, bons costumes e finalidade econômica ou social do direito subjetivo.

<sup>35</sup> CARPENA, Heloisa, cf. “O abuso de direito no código civil de 2002”, cit., p. 383.

<sup>36</sup> LUNA, Everardo da Cunha, cf. Abuso de direito, cit., p. 59.

Destarte, é possível cogitar de uma ilicitude formal e de uma ilicitude material com autonomia científica, mas com identidade substancial de conseqüências jurídicas, gerando convergência de efeitos sancionatórios nos planos preventivo e repressivo.<sup>37</sup> Vale dizer, a identidade de efeitos aproxima as duas modalidades de atos ilícitos, sem que isso prejudique a especial área de atuação de cada um, em caráter de complementaridade.

Enfim, os pequenos equívocos do art. 187 do Código Civil não impedem uma interpretação construtiva do instituto do abuso de direito, notadamente a partir “da constitucionalização do Direito Civil, tendência marcante do nosso tempo e característica do Estado Social, possibilitando a permanente oxigenação do sistema ao permitir a adequação das normas à realidade social, em constante mutação”,<sup>38</sup> permitindo que o sistema jurídico, efetivamente, atenda concretamente aos valores constitucionais.

## 1.5. Modalidades específicas de atos abusivos

### 1.5.1. Generalidades

É importante tecer considerações acerca de alguns tipos específicos de atos abusivos, que, embora reunidos ao redor da cláusula geral de boa-fé objetiva (CC, arts. 113 e 422), possuem características próprias, particulares.

Sobreleva, assim, que se atente para algumas peculiaridades no reconhecimento do abuso de direito, a partir de figuras específicas.

Veja-se.

### 1.5.2. A proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)

Não é despidendo lembrar, de saída, FRANZ WIEACKER, observando que a expressão *venire contra factum proprium* (isto é, proibição de comportamento contraditório) evidencia de forma tão imediata a essência da obrigação de um comportamento conforme a boa-fé objetiva (ou seja, o senso ético esperado de todos) que a partir dela é possível aferir a totalidade do princípio.<sup>39</sup>

Pois bem, a *proibição de comportamento contraditório (nemo potest venire contra factum proprium)* é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC, art. 422).

<sup>37</sup> *CUNHA DE SÁ, Fernando, cf. Abuso do direito, cit., p. 634.*

<sup>38</sup> *CARPENA, Heloisa, cf. "Abuso de direito no Código de 2002. Relativização de direitos na ética civil-constitucional", cit., p. 384.*

<sup>39</sup> *WIEACKER, Franz, cf. El principio general de la buena fe, cit., p. 61*

Conquanto nunca tenha sido contemplado expressamente no ordenamento jurídico, o princípio da vedação do comportamento proibitório mantém um “contínuo flerte” com os juristas contemporâneos, como percebe ANDERSON SCHREIBER, em excelente e pioneira obra sobre o tema.<sup>40</sup> Desse modo, apesar do silêncio da lei, promovida uma interpretação liberta das amarras positivistas, percebe-se que o *venire contra factum proprium* é consectário natural da repressão ao abuso de direito, sendo perfeitamente aplicável no direito brasileiro.

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que *ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa*.

Com esse espírito, ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR conceitua o *venire contra factum proprium* como “uma seqüência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um deles podendo ser omissivo ou comissivo e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida”.<sup>41</sup>

Dessa noção conceitual, é possível retirar os elementos essenciais para a proibição de comportamento contraditório: *i)* uma conduta inicial; *ii)* a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial; *iii)* um comportamento contraditório em relação à conduta inicial; *iv)* um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição.

De acordo com JUDITH MARTINS-COSTA,<sup>42</sup> o *venire* se insere na “teoria dos atos próprios”, segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente.

Fundamenta-se a vedação de comportamento contraditório, incoerente, na tutela jurídica da confiança, impedindo que seja possível violar as legítimas expectativas despertadas em outrem. A confiança, por seu turno, decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva (bem definida pela doutrina germânica como *Treu und Glauben*, isto é, dever geral de *lealdade e confiança recíproca* entre as partes).

<sup>40</sup> SCHREIBER, Anderson, cf. A proibição de comportamento contraditório, cit., p. 62.

<sup>41</sup> DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, cf. Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé, cit., p. 367.

<sup>42</sup> MARTINS-COSTA, Judith, cf. A boa-fé no direito privado, cit., p. 460.

Assim, com esteio na lição de ANDERSON SCHREIBER, “a tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência.” E acrescenta, com pertinência, que “a incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como o objeto da repressão para passar a ser tão-somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial”.<sup>43-44</sup> Essa fundamentalidade da lealdade de comportamento no tráfico jurídico também é anotada por CARLYLE POPP, que, após relacionar a máxima do *venire* à figura do *estoppel* no Direito inglês,<sup>45</sup> acaba por admitir que nas negociações preliminares poderá haver verificação simultânea do *venire* com a responsabilidade pré-contratual, quando uma das partes abusa da confiança da outra – após acenar com o desejo da continuidade das negociações – e, imotivadamente, provoque o encerramento das conversações, em comportamento tido como contraditório.<sup>46</sup>

De mais a mais, é preciso observar que a *solidariedade social*, contemplada no art. 3º da Carta Constitucional, apresenta-se, por igual, como fundamento da proibição de comportamento contraditório por impor o respeito e consideração aos interesses de terceiros, impedindo comportamentos egoísticos.

Encontram-se, em nossa jurisprudência, interessantes precedentes, fazendo referência ao *venire*. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já teve oportunidade de reconhecer:

*“Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. ‘Venire contra factum proprium’. Boa-fé. (...) A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios”* (STJ, Ac. 4ªT., REsp.95539/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.3.9.96).<sup>47</sup>

<sup>43</sup> SCHREIBER, Anderson, cf. A proibição de comportamento contraditório, cit., p. 95.

<sup>44</sup> *Disso não discrepa FÁBIO DE OLIVEIRA AZEVEDO, para quem o venire consubstancia um instrumento de proteção da “legítima confiança que é depositada por outrem no sentido de que a conduta inicialmente adotada será preservada”, cf. Direito Civil: introdução e teoria geral, cit., p. 99.*

<sup>45</sup> *HARRIET CHARLOTTE ZITSCHER narra interessante caso de aplicação do estoppel, no qual “um homem morou junto com sua companheira numa casa desde 1965. No ano de 1973, ele declarou oralmente que a casa pertencia a ela. Em seguida, a companheira gastou a maior parte da sua poupança na reforma da casa com o consentimento do homem. Três anos depois, este homem interessou-se por outra mulher e exigiu da companheira que ela saísse da casa. Os tribunais obrigaram o homem a transferir a propriedade da casa à antiga companheira”, cf. Introdução ao direito civil alemão e inglês, cit., p. 140.*

<sup>46</sup> *POPP, Carlyle, cf. Responsabilidade civil pré-negocial, cit., p. 129.*

<sup>47</sup> *Em trecho de voto condutor, bem ponderou o ilustre relator: “para ter o comportamento da mulher como relevante, sembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O Direito moderno não compactua com o venire contra factum proprium, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente... 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”.*

Em outra passagem, a nossa Corte Superior julgou recurso de um Poder Público municipal que, após celebrar diversas promessas de compra e venda de lotes componentes de uma gleba de sua propriedade, pretendia anular todos os negócios ajustados, alegando que o parcelamento (que ele mesmo promoveu) não estava regularizado, faltando o imprescindível registro. Deliberou, então, o Superior Tribunal de Justiça: “tendo o município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo... A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento.” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 141.879/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.10.98).<sup>48</sup>

Em se tratando de manifestação tipicamente abusiva (e, por conseguinte, ilícita), o *venire* pode implicar em diferentes efeitos jurídicos, como acontece com todo e qualquer ato ilícito. É possível efeitos caducificantes, indenizantes, invalidantes...<sup>49</sup>

Vale ressaltar que o *venire contra factum proprium* pode derivar de um comportamento comissivo ou omissivo do contratante. Ou seja, pode ocorrer tanto quando uma das partes cria a confiança de que determinada conduta será adotada, e não o é, quanto na hipótese em que a confiança se materializa no sentido de que aquele comportamento não será adotado, mas termina sendo.<sup>50</sup>

Por derradeiro, cumpre apontar uma elementar e relevante diferenciação entre o *venire contra factum proprium* e a proibição de alegação da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Não há dificuldade, decerto. É que, conquanto ambas as figuras derivem de uma incoerência de condutas, a proibição de comportamento contraditório está assentada na boa-fé objetiva, enquanto a proibição de alegação da própria torpeza deriva da boa-fé subjetiva. Explica WAGNER MOTA ALVES DE SOUZA que “na proibição da alegação da própria torpeza o elemento intencional é fundamental para sua incidência. A própria torpeza só existe onde há má-fé, intenção de prejudicar. Ausente o móvel subjetivo, não poderá ser aplicada a referida regra. A teoria dos atos próprios (...) não considera, em princípio, o elemento subjetivo; é suficiente a contradição objetiva entre os comportamentos diferidos no tempo... Assim, a má-fé não

<sup>48</sup> O Supremo Tribunal Federal, igualmente, vem acolhendo o *venire contra factum proprium*, ao afirmar que “não tem interesse recursal o autor que, requerendo desistência do processo, argui, contra a decisão homologatória, haver mudado de opinião” (STF, Ac. Tribunal Pleno, MS25742/DF, rel. Min. Cezar Peluso, j. 5.4.06, DJU 25.8.06, p.16).

<sup>49</sup> É conveniente a lembrança de ALDENIRO REZENDE DE ARAÚJO, destacando que o *venire* poderá, inclusive justificar o reconhecimento de efeitos jurídicos para um negócio nulo, obstando um abuso de confiança. Assim, defende o reconhecimento de efeitos jurídicos, como o pagamento de salários dos dias efetivamente trabalhados e do FGTS, em favor de “trabalhador contratado pela Administração Pública, sem que tenha sido previamente aprovado em concurso público”, apesar da evidente nulidade do negócio, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição da República, cf. Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé, cit., p.370. No mesmo sentido, confira-se a Súmula 383 do Tribunal Superior de Trabalho: “a contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

<sup>50</sup> DUBARJE, Rennie Preuss, cf. “A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro”, cit., p. 426.



precisa ser provada para que se opere sua incidência, basta a violação à boa-fé e à confiança”.<sup>51</sup>

## 2. A confiança como elemento das relações jurídicas

Em meio aos inúmeros problemas decorrentes, naturalmente, de uma sociedade hipercomplexa – aberta, plural, multifacetada e globalizada – acentua-se a importância da confiança como elemento imprescindível da vida social e, por conseguinte, da ordem jurídica.

Ou seja, a atividade jurídica protege a *confiança* depositada na conduta esperada entre os indivíduos, no âmbito negocial ou não. Nesse quadrante, “confiar é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades”, nas palavras certeiras de CLÁUDIA LIMA MARQUES.<sup>52</sup>

Trata-se, em verdade, da efetivação da *solidariedade social* abraçada constitucionalmente, que se cristaliza através da tutela jurídica da confiança, impondo um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem.

É que diminuiu o valor dedicado à *intenção* (contemporânea do voluntarismo e individualismo que marcaram os códigos oitocentistas, inclusive influenciando o nosso Código Civil de 1916), ampliando-se o relevo do *resultado* – o que garante maior justiça social e proteção da pessoa humana.<sup>53</sup>

Na fina percepção de ANDERSON SCHREIBER, a valorização da confiança abre fendas consideráveis nas bases voluntarista e individualista do direito privado, pois “inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros. Em outras palavras, o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção.”<sup>54</sup>

Assim sendo, as relações civis – e a ciência jurídica como um todo – encontram o seu fundamento de validade contemporâneo no *proteger das expectativas justas e legítimas recíprocas existentes entre as pessoas*.<sup>55</sup>

Protege-se a confiança, em linhas bem claras, porque é a própria condição para as condutas humanas em sociedade!

<sup>51</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves de, cf. A teoria dos atos próprios, cit., p. 187.

<sup>52</sup> Cf. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor, cit., p. 32-3.

<sup>53</sup> É de se notar, no ponto, que o art. 112 do Código Civil de 2002 reza que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, acatando a teoria da confiança, privilegiando a manifestação externa e objetiva da vontade, em desprestígio da intenção (elemento subjetivo) de agente.

<sup>54</sup> Percebe ainda o Professor fluminense: “passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que os praticou”, cf. A proibição de comportamento contraditório, cit., p. 88-9.

<sup>55</sup> Com esse espírito, CLÁUDIA LIMA MARQUES pontifica que as condutas das pessoas na sociedade atual, “sejam atos, dados ou emissões, fazem nascer expectativas (agora) legítimas naqueles em quem despertamos a confiança, os receptores de nossas informações ou dados”, cf. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor, cit., p. 32.

Sem tal proteção há um inescandível enfraquecimento das relações jurídicas em razão da possibilidade de um dos sujeitos surpreender o outro, reprimando épocas pouco saudosas, em que se admitia a lei do mais forte ou do mais esperto.

É a lúdima expectativa ética de que, em toda e qualquer relação jurídica (contratual ou não!), as partes envolvidas não fraudem as expectativas decorrentes de seu próprio comportamento (explícito ou implícito, comissivo ou omissivo). Enfim, é o reconhecimento de que a natureza gregária do homem e a multiplicidade de comportamentos adotados em diferentes relacionamentos produzem esperanças recíprocas (confiança no alcançar determinados resultados) e que o cumprimento dessa confiança gerada é fator imperioso para o bom funcionamento da sociedade, sendo, ainda, relevante para o desenvolvimento econômico e social.

Especificamente nas relações entre particulares (tomadas em meio à natural complexidade do mundo contemporâneo), a tutela jurídica da confiança avulta, então, como única forma de proteção qualificada no comportamento humano. Exatamente por isso, a confiança é alçada à altitude de paradigma (referencial) das relações privadas, sejam contratuais, sejam existenciais, estabelecendo *deveres jurídicos* (que não precisam estar expressos nos contratos ou nas normas positivas) *que vinculam os sujeitos, vedando-lhes o comportamento contrário às expectativas que produziu no(s) outro(s)*.

### 3. A amplitude da confiança e a sua incidência no Direito de Família

Acolhida, em nosso sistema, a *vedação ao comportamento de forma contraditória à expectativa gerada no outro* como tônica das relações jurídicas em geral, inclusive incidindo sobre o direito privado, nota LUIZ EDSON FACHIN que essa “revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias jurídicas fundamentais”<sup>56</sup>, deixando antever uma necessidade de (re)compreender os diversos institutos jurídicos civilistas (inclusive no âmbito familiarista) à luz da tutela da confiança.

Chega mesmo CLÁUDIA LIMA MARQUES a asseverar que “a confiança é um elemento central da vida em sociedade e, em sentido amplo, é a base da atuação-ação organizada (*geordnetes Handeln*) do indivíduo”<sup>57-58</sup>.

Pois bem, o amplo espectro de compreensão da confiança como mola propulsora das relações privadas impõem, assim, a sua incidência também nas relações de Direito de Família, sejam de índole patrimonial (como, *e.g.*, na compreensão dos bens a se comunicar de acordo com os regimes de bens), sejam de caráter pessoal (valendo o exemplo da união estável putativa).<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Cf. “O aggiornamento do direito civil brasileiro e a confiança negocial”, *cit.*, p.115-6.

<sup>57</sup> Cf. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor, *cit.*, p.31.

<sup>58</sup> Identicamente, *ANDRÉSON SCHREIBER* informa não serem poucos “os autores a reconhecer que a noção de confiança transcende o próprio âmbito da boa-fé, refletindo-se sobre todo o direito civil, e sobre o direito de uma forma geral”. *cf.* A proibição de comportamento contraditório, *cit.*, p.86.

<sup>59</sup> *CARO MARIANO DA SILVA PEREIRA* explica que o Direito de Família se compõe, em sua seriação, relações pessoais e patrimoniais, *cf.* Instituições de Direito Civil, *cit.*, p.33. No mesmo diapasão, *MARINA BERTINICE DIAS* profere que “em sede de Direito de Família é mister distinguir os direitos familiares pessoais dos direitos familiares patrimoniais”, *cf.* Manual de Direito

Desse modo, aplicada imperativamente no âmbito do Direito de Família, a confiança determina novos contornos para os institutos familiaristas, impondo-lhes um conteúdo voltado à proteção efetiva dos valores constitucionais, na medida em que confere maior realce à dignidade da pessoa humana e à solidariedade exigidas entre as pessoas.

Não se olvide que o nível de confiança existente nas relações familiares é, particularmente, relevante para o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal daqueles que a compõem.

Assim, nas relações de família exige-se dos sujeitos um comportamento ético, coerente, não criando indevidas expectativas e esperanças no(s) outro(s). É um verdadeiro *dever jurídico* de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também aquelas de conteúdo pessoal, existencial.<sup>60</sup>

É bem verdade que a confiança assumirá diferentes feições em cada uma dessas situações jurídicas. Nessa ordem de raciocínio, quando se tratar de um efeito patrimonial (apreciável economicamente) apresenta-se como a *boa-fé objetiva*, com as suas múltiplas funções. A outro giro, tratando-se de efeitos existenciais (ligados à essência da pessoa humana), a confiança se materializará na forma do *afeto*.

Enfim, ao vislumbrar o Direito de Família, encontram-se duas diferentes faixas: as relações existenciais e as patrimoniais, ambas submetidas ao elemento *confiança* como traço característico fundamental, dando efetividade aos valores constitucionais, especialmente à dignidade da pessoa humana. Naquelas, a confiança é concretizada pelo afeto, enquanto nestas, consubstancia-se através das especificações da boa-fé objetiva.

#### **4. A confiança nas relações familiares patrimoniais: a boa-fé objetiva no Direito de Família**

Cogitando de um sistema aberto, o Direito de Família e a Constituição Federal precisam manter intenso vínculo comunicativo, com repercussão material dos princípios desta sobre aquele. Nesse espaço, a boa-fé objetiva é sentida como a concretização da confiança (e, em última análise, da própria dignidade humana) no campo das relações patrimoniais.

É certo e incontroverso que o ser humano possui distintas necessidades vitais: isolar-se e relacionar-se. Quando busca o isolamento e a proteção contra injustificadas intromissões em sua intimidade e privacidade, a dignidade penetrará no Direito Civil pela via da tutela dos direitos da personalidade. No entanto, na maior parte de sua vida, a pessoa encontra-se em situação de (co)relação. Aqui se vislumbra a premente

---

das Famílias, *cit.*, p.34.

<sup>60</sup> Em sentido semelhante ao texto, os saudáveis professores paranaenses JOSÉ LAMARCA CORRÊA DE OLIVEIRA E FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUAZI, professavam que os direitos de família, por razões éticas e pelo caráter eminentemente pessoal da relação, exigem “formas próprias de tutela, inteiramente distintas das que caracterizam a defesa dos direitos de crédito, dos direitos reais e dos próprios direitos da personalidade”, cf. Curso de Direito de Família, *cit.*, p.12-3.

*confiança depositada reciprocamente entre os sujeitos de uma relação jurídica* e que atua como as relações patrimoniais nos moldes constitucionais. É a *boa-fé objetiva*.<sup>61</sup>

A boa-fé significa, assim, a mais próxima tradução da confiança, que é, como visto alhures, o esteio de todas as formas de convivência em sociedade.

A boa-fé é multifuncional. Dessa maneira, desempenha diferentes funções, a depender do caso concreto. Pode assumir papel de paradigma *interpretativo*<sup>62</sup>, na teoria dos negócios jurídicos (art. 113, CC) ou desempenhar atribuição *integrativa*<sup>63</sup>, estabelecendo deveres anexos, implícitos, que passam a ser exigidos das partes naturalmente, independentemente de previsão negocial. Por derradeiro, pode apresentar-se com *função limitadora*<sup>64</sup>, exercendo um verdadeiro *controle negocial*, impedindo o abuso do direito subjetivo.

Nessa linha de idéias, é fácil notar que, a partir da boa-fé objetiva, as relações patrimoniais, afastando-se da teoria da vontade (em que predominava a vontade interna das partes sobre a declaração) e da teoria da declaração (pela qual prevalecia o texto do contrato, ignorando-se o aspecto psíquico das partes), passam a estar submetidas ao império da teoria da confiança, pela qual materializam-se valores constitucionais e prestigia-se a proteção fundamental da pessoa humana, a partir da solidariedade social e da isonomia. É o *ser* superando o *ter*!

É natural, portanto, que *as relações patrimoniais de família*, cujas estruturas traduzem direito de crédito e direitos reais<sup>65</sup>, *tenham de se subsumir à teoria da confiança*, materializada pela boa-fé objetiva, através, e.g., da vedação ao enriquecimento sem causa.

Alguns exemplos podem ser trazidos à baila. Veja-se.

### a) Separação de fato e a impossibilidade de comunhão dos bens adquiridos após a cessação da convivência

<sup>61</sup> *As idéias tratadas no tópico são desenvolvidas com maior aprofundamento em obra específica sobre o tema. In FARIAS, CASSIANO GHAZTES DE; ROSENVALD, NELSON, cf. Direito das Obrigações, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, para onde remete-se o leitor, quando se fizer necessária uma verticalização acerca da compreensão das relações obrigacionais à luz dos valores constitucionais.*

<sup>62</sup> *A função interpretativa da boa-fé objetiva revela que o magistrado não apelará a uma interpretação literal do texto contratual, mas observará o sentido correspondente às convenções sociais, ao analisar a relação patrimonial que lhe é submetida.*

<sup>63</sup> *Integrar traz a noção de criar, conceber. Ou seja, a boa-fé é uma fonte, um manancial criador de deveres jurídicos entre as partes. Aqui, prosperam os deveres éticos – de proteção, informação, lealdade, respeito, proibidade, honestidade, cooperação, etc. Deveres anexos que propiciam a realização positiva do fim contratual, na tutela aos bens e à pessoa da outra parte. Daí, decorre que a boa-fé exerce função integrativa de deveres de comportamento, não apenas na vigência do contrato, como antes e depois, cogitando-se da responsabilidade pré-contratual e pós-contratual, pelo rompimento dos deveres éticos comuns a todos os contratantes.*

<sup>64</sup> *A “função-limite” atua como máxima de conduta ético-jurídica. O problema aqui concerne ao abuso do direito em toda a sua complexidade. Ao contrário do ato ilícito baseado na culpa, o abuso do direito dispensa o elemento intencional do agente, a necessidade de demonstração de intuito de prejudicar o ofendido. É suficiente que, ao exercitar um direito subjetivo, o agente supere os limites éticos do sistema. A censura ao abuso do direito denota que hoje não mais se correbera a máxima “tudo que não é proibido é permitido”, pois existem atuações que não violam formalmente uma norma, mas são revestidas de antijuridicidade, pois ofendem materialmente os objetivos do sistema e o próprio espírito do Direito. A boa-fé será uma espécie de “radar” que estipulará o momento em que o ato lícito de exercício da autonomia privada converte-se no ato ilícito do abuso do direito.*

<sup>65</sup> *Assim, JOSÉ LAMARCAINE CORRÊA DE OLIVEIRA E FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MURIZ, cf. Curso de Direito de Família, cit., p. 13.*

A nefasta redação dos arts. 1.575, 1.576 e 1.642, V, do Código Civil estabelecem regra pela qual a comunhão de bens (nos regimes que admitem-na) somente cessa com a separação judicial ou o divórcio, coincidindo com o término da sociedade conjugal.

Tal entendimento, todavia, não pode ser admitido, eis que atenta diretamente contra a boa-fé objetiva, propiciando, sem dúvida, o enriquecimento sem causa de um dos consortes (daquele que não participou da aquisição, mas será beneficiado por ela), coibido duramente pelo art. 884 do próprio Estatuto Civilista.<sup>66</sup>

É que, a toda evidência, o fundamento da comunhão de bens é a colaboração recíproca, a convivência, entre o casal. Trata-se de típico efeito da vida em comum. Por isso, cessada a convivência, não mais é possível a comunhão de bens adquiridos posteriormente a essa data, pois ausente *justa causa* para a aquisição conjunta.<sup>67</sup>

Ora, finda a convivência matrimonial, independentemente do desfazimento judicial da sociedade, é natural que o cônjuge se sinta liberto da comunhão patrimonial, sabendo que a aquisição de bens é fruto de esforço individual. Comunicar tais bens importaria, pois, em enriquecer indevidamente o outro esposo, pela ausência de motivação. Esse é o único entendimento que abraça o princípio (constitucional) da confiança, efetivando a boa-fé objetiva, norte das relações patrimoniais.<sup>68</sup>

Nessa esteira, ROLF MADALENO, com o seu habitual pionerismo, já propunha: “se a convivência é a inegável *mola-mestra que motiva e justifica o regime de bens de comunicação patrimonial*, já não é sem tempo em que, mais uma vez, deve o direito escrito correr atrás do direito largamente aplicado, em que a *demonstrada separação de fato, ininterrupta e inquestionável, gera, dentre outros, o efeito de interromper o regime de bens*”.<sup>69</sup>

Essa orientação já vem merecendo agasalho jurisprudencial, como se pode notar:

“A cônjuge-virago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ.” (STJ, Ac.4ªT., REsp.32.218/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJU 3.9.2001, p.224, in Revista dos Tribunais 796:200)

“Divórcio. Partilha. Separação de fato. Aquisição de acervo. Comunicação. Descabimento. A separação de fato, por erodir a arquitetura conjugal, acarreta o fim de deveres do casamento e, assim, do regime patrimonial. Assim, não se comunicam os bens havidos depois daquele desate matrimonial. Agravo desprovido.” (TJRS,

<sup>66</sup> Art. 884, CC: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

<sup>67</sup> *Comungando de entendimento esposado, MARIANA BEZERRA DE ALMEIDA é incisiva: “o fim da vida em comum leva à cessação do regime de bens, independentemente do regime adotado, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial”.* cf. Manual de Direito das Famílias, cit., p.285.

<sup>68</sup> *Disso não discrepa GONÇALVES ESTORRE NEVES, em obra dedicada ao enriquecimento sem causa, esclarecendo corretamente que na hipótese “em que cada cônjuge segue adiante a condução de sua vida de forma independente, sem nenhum contato com o outro, não há que se partilhar os bens adquiridos após a separação de fato, pois isso implicaria a violação do princípio que veda o enriquecimento sem causa”.* cf. Enriquecimento sem causa, cit., p.390.

<sup>69</sup> Cf. Direito de Família: aspectos polêmicos, cit., p.113.

Ac.7ªCâm.Cív., AgInstr.70006067623, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j.25.6.03)<sup>70</sup>

Vale a ressalva, inclusive, de que o art. 1.683 da Lei Civil, que cuida do regime de participação final nos aqüestos, acata exatamente essa orientação, determinando a cessação da comunhão no momento em que findou a convivência. Ora, é exatamente essa a regra que tem de prevalecer (da leitura à luz dos valores constitucionais da confiança, além dos arts. 113, 422 e 884 do CC), interpretando-se *racionalmente* os arts. 1.575 e 1.576 (que estabelecem o fim da comunhão somente com ato judicial de separação ou divórcio), bem assim como o esdrúxulo art. 1.642, V, do mesmo *Codex*, que afirma a necessidade de cinco longos anos de separação de fato para cessar a comunhão (colidindo frontalmente com os arts. 1.723 e 1.725 que reconhecem a união estável independentemente de prazo, inclusive produzindo efeitos patrimoniais análogos à comunhão parcial, o que gera a comunhão dos bens adquiridos no período da convivência).<sup>71</sup>

Por evidente, somente não se comunicarão os bens adquiridos individualmente pelos consortes (que, a julgar pelas regras codificadas, não estão com tanta sorte assim...) após a incontroversa ruptura da vida conjugal, com riqueza proveniente de causa posterior. Isto porque se submetem a regular comunhão de bens aqueles que vierem a ser sub-rogados em lugar do patrimônio já existente ao tempo da cessação da conjugalidade.

## b) Admissibilidade dos alimentos transitórios

Seguindo a regra geral do sistema brasileiro, os alimentos devem permanecer enquanto perdurar a situação fática (materializadora do binômio *necessidade X capacidade*) que ensejou a sua fixação. É o caráter de *definitividade* que marca, particularmente, esse dever jurídico, através da cláusula *rebus sic stantibus*.

A compreensão do caráter definitivo dos alimentos (ou seja, a prestação deve perdurar enquanto existir a situação fática que os ensejou) poderá, entretanto, conduzir ao enriquecimento sem causa da parte beneficiária. É que em casos específicos, os alimentos podem ser fixados para ex-cônjuges, ainda jovens, cujo casamento se desfez e que, em primeiro momento, não tem condições de, sozinho, se manter. Também podem ser fixados para descendentes já maiores (valendo a lembrança que a maioridade, por si

---

<sup>70</sup> *Em igual sentido: "Bens adquiridos por cônjuge separado de fato. Os bens adquiridos por um dos cônjuges separado de fato há longos anos, concubinado com terceira pessoa, não integra o patrimônio de casal, havido após a separação de fato. A leitura da norma legal pertinente à comunhão de bens diz respeito àqueles existentes antes do casamento ou havidos na sua constância. A constância do casamento pressupõe a convivência matrimonial. Sem a convivência, rompido de fato o vínculo, inexistente casamento gerando direitos e obrigações." (TJRS, Ac.5ªCâm. Cív., Ap. Cív. 590.066.985, rel. Des. Lio Schmitt, j. 6.12.90)*

<sup>71</sup> *Justificável sobremaneira a crítica de ROSE MARIANO ao dispositivo em comento: "é flagrante o retrocesso verificado na parte final do inciso V do art. 1.642 e o elevado risco de injustiças que poderão ocorrer se a jurisprudência não estiver atenta para corrigir as distorções que irão surgir. Está pacificado pela jurisprudência brasileira que a separação fática acarreta inúmeros efeitos jurídicos, especialmente o da incomunicabilidade de bens entre cônjuges faturalmente separados, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação do regime de comunicação patrimonial. Portanto, não existe nenhum sentido lógico em manter comunicáveis durante cinco longos anos bens hauridos em plena e irreversível separação de fato dos cônjuges, facilitando o risco do enriquecimento ilícito, pois o consorte faticamente separado poderá ser destinatário de uma meação composta por bens que não ajudou a adquirir", cf. "Do regime de bens entre os cônjuges", cit., p.158.*

só, não é causa exoneratória do pensionamento<sup>72</sup>) que, ainda, precisam da ajuda paterna para, por exemplo, completar a formação profissional (curso de graduação ou algum curso essencial ao exercício da profissão). É o caso do filho que estuda medicina, embora já maior e capaz, mas que ainda não tem condições de se manter, precisando da ajuda do genitor para completar a sua faculdade, cursando a residência.

O problema surge quando se considera a perfeita possibilidade de fixação dos alimentos em favor de tais pessoas, submetidos à cláusula *rebus sic stantibus*. Ora, bastaria ao beneficiário jamais alterar a situação (isto é, bastaria ao ex-cônjuge jamais trabalhar ou ao filho maior estudante jamais concluir os seus estudos) que a obrigação se manteria indefinidamente, praticamente *ad aeternum*.

Não é preciso muito esforço para enxergar que, em casos assim, nos quais o alimentário mantém indefinidamente, por conduta própria, a situação fática que ensejou a fixação dos alimentos, justifica-se, em caráter excepcional, a fixação de alimentos por tempo determinado. São os chamados *alimentos transitórios*, que possuem cunho *resolúvel*, vigendo pelo prazo fixado na decisão judicial (sob termo ou condição), findo o qual cessa, automaticamente, o dever alimentício.

A admissibilidade dos alimentos transitórios impede a violação da confiança exigida entre as partes da relação obrigacional, obstando que o alimentando se mantenha indefinidamente precisando dos alimentos. Trata-se, indubitavelmente, de concretização da boa-fé objetiva exigida entre as partes.

### c) Mitigação (excepcional) da irrepetibilidade dos alimentos

Funda-se a obrigação alimentar no binômio *necessidade de quem recebe e capacidade de quem presta*, como consagrado pelo art. 1.694 da Lei Civil.

Assim sendo, somente poderá ser reconhecido o dever jurídico de prestar alimentos se presentes os dois requisitos estabelecidos em lei como justificadores da obrigação. Equivale a dizer, não pode surgir a obrigação alimentícia quando o beneficiário dela não precisa, tendo condições de manter-se sozinho (ou, eventualmente, com a ajuda de um parente mais próximo).

Entrementes, não se pode olvidar que em face da possibilidade de fixação liminar dos alimentos, através dos *alimentos provisórios* (art. 4º da Lei de Alimentos, de natureza antecipatória) ou dos *alimentos provisionais* (art. 852 do CPC, topologicamente enquadrado como medida cautelar), é possível que alguém receba os alimentos e, posteriormente, na sentença (ou no acórdão) seja reconhecida a ausência da

---

<sup>72</sup> *Veja-se o entendimento mais recente que vem emanando do Superior Tribunal de Justiça: "Com o advento da maioridade, é vedada a exoneração automática da obrigação de prestar alimentos fundada no dever de sustento, a qual terá continuidade com fundamento no dever de parentesco, se comprovada a necessidade pelo filho. Precedentes. Na execução de sentença que condenou o pai a prestar alimentos ao filho, permanece incólume o título executivo judicial ainda que atingida a maioridade, porque comprovado no curso do processo que perdura a necessidade do alimentado." (STJ, Ac. 3ª Cam. Civ., REsp. 510.247-SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 19.5.05). Também os pretórios inferiores: "a maioridade do filho, por si só, não é causa automática extintiva da obrigação alimentar. Não provado que o filho exerce atividade laboral e provê o próprio sustento, descabe a exoneração liminar dos alimentos." (TJRS, Ac. 8ª Cam. Civ., AgInstr. 70010343879, rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade, j. 17.2.05) e "Exclusão de ofício, do alimentando do pólo passivo, porque atingiu maioridade civil. Inadmissibilidade. Alimentando que freqüente curso pré-vestibular e que não tem renda própria. A exclusão deve observar procedimento próprio, sujeito ao contraditório." (TJSP, Ac. 4ª Cam. de Direito Privado, AgInstr. 362.545-4-00, rel. Des. Carlos Streppa, j. 27.1.05)*

necessidade do beneficiário. Nessa linha de raciocínio, considerada a natureza *irrepetível* (irrestituível) dos alimentos, poder-se-ia inferir que o alimentando, apesar de tê-los recebido sem necessidade, não teria o dever de restituir – o que, a toda evidência, implicaria em enriquecimento sem causa.<sup>73</sup>

Pois bem, de modo a evitar o *enriquecimento sem causa* – o que implicará em violação da boa-fé objetiva – do credor alimentício que recebeu valores dos quais não necessitava para sobreviver (por ter como se manter sozinho ou através de parente mais próximo ou mesmo pela possibilidade de se manter com menos do que afirmou precisar), sobreleva reconhecer a mitigação da irrepetibilidade dos alimentos em casos tais.<sup>74</sup>

Corroborando dessas idéias, MADALENO preleciona que os alimentos são restituíveis quando houver uma causa exoneratória (a constituição de nova entidade familiar, a possibilidade de se manter com economia própria...) por soar “sobremaneira injusto não restituir alimentos claramente indevidos nesse estágio de independência do credor, em notória infração ao princípio do não enriquecimento sem causa”.<sup>75</sup>

Já se encontra precedente em nossos Sodalícios:

“Se os alimentos fixados ou alterados retroagem à data da citação da respectiva ação, consoante o Parágrafo 2º da Lei 5478, também em caso de exoneração retroagem àquele momento. Entendimento contrário seria uma afronta ao princípio do enriquecimento sem causa, sobretudo considerando-se a irrepetibilidade e irrestutibilidade do ‘quantum’ alimentar.” (TJRS, Ac.7ªCâm.Civ., AgInstr.597.028.406, rel. Des. Eliseu Gomes Torres)

À luz dos argumentos expostos, infere-se, tranqüilamente, uma *relativização da irrepetibilidade dos alimentos*, evitando o enriquecimento sem causa quando a obrigação for cumprida em favor de quem já não mais possuía a necessidade de perceber os alimentos.<sup>76</sup> Por evidente, tal mitigação somente ocorre em casos nos quais o alimentando tinha ciência da cessação da causa e, ainda assim, continua a receber os alimentos, caracterizando a falta de *justa causa* e, por conseguinte, o atentado contra o princípio da confiança.

## 5. A confiança nas relações familiares existenciais: o afeto como base do Direito de Família

O Direito de Família, pela própria essência de sua norma, caracteriza relações jurídicas de cunho, essencialmente, *existencial*, cuidando do âmago da pessoa humana.

<sup>73</sup> GYORZANYI EROKÉ NÁNYI formula interessante exemplo da situação narrada, inspirando-se em YUSSEF SAAD CAHALI, lembrando a hipótese da mulher divorciada que recebe pensão de ex-marido e oculta a constituição de uma nova entidade familiar. Nesse caso, não mais havendo necessidade de percepção dos alimentos, caracterizar-se-ia enriquecimento sem causa e sujeitaria o indevido beneficiário à repetição do que recebeu ilícitamente, cf. Enriquecimento sem causa, cit., p.397.

<sup>74</sup> No mesmo sentido, LUIZ EDSON FERREIRA, cf. Elementos Críticos de Direito de Família, cit., p.292.

<sup>75</sup> Cf. Direito de Família: aspectos polêmicos, cit., p.57-8. “Chega mesmo a asseverar o eminente professor gaúcho ser cabível “a reposição atualizada dos valores monetários indevidamente auferidos pelo alimentário que se locupletou à custa de uma obrigação que sabia estar legalmente extinta”.

<sup>76</sup> Também assim, MARYN BECKENFELD, cf. Manual de Direito das Famílias, cit., p.452.



Compreendida como entidade tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz a família consigo uma nova feição, agora fundada no *afeto* e na *solidariedade*. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para a imperiosa *confiança* exigida entre os seus componentes.

Com esse espírito, JOÃO BATISTA VILLELA sintetiza essa nova ordem que se descortina no Direito de Família: “as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: *afeto*, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum.” E arremata: “*a teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor*”<sup>77</sup>, externando a confiança essencial esperada naturalmente nas famílias.

Assim, o afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira *rede de solidariedade*<sup>78</sup>, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural *confiança depositada por outra, consistente em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente*.

Dessa forma, afirma-se a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu “eu”, sendo fundamental compreender a possibilidade de que dele (do afeto) decorram efeitos jurídicos, dos mais diversos possíveis.<sup>79</sup>

Nessa ordem de idéias, a *afetividade traduz a confiança que é esperada por todos os membros do núcleo familiar e que, em concreto, se materializa no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros*, preservando a imprescindível dignidade de todos.<sup>80</sup>

É a ética exigida nos comportamentos humanos, inclusive familiares, fazendo com que a confiança existente em tais núcleos seja o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos.<sup>81</sup>

Como bem percebeu a Casa de Justiça do Rio Grande do Sul:

---

<sup>77</sup> Cf. “*As novas relações de família*”, cit., p. 645.

<sup>78</sup> *Aliás, não apenas sob as vestes jurídicas. Também sob o prisma da Psicologia, o afeto se evidencia como uma verdadeira “âncora de sentido”, conferindo-lhe “um lastro decisivo de certeza, sustentado pela imagem do corpo”. A partir disso, demonstra-se, pelo afeto, uma verdade, “a da paixão que a linguagem impõe ao ser”, conforme o esclarecimento de MARCUS ANTONIO VIEIRA, cf. A ética da paixão: teoria psicanalítica do afeto, cit., p. 235-6.*

<sup>79</sup> *Há interessante precedente jurisprudencial nesse caminho: “... é inerente o esforço comum na aquisição dos bens, adquiridos durante a união estável, obtendo os concubinos, ou ex-companheiros, direito à partilha, ainda que a contribuição de um deles não haja sido direta, ou pecuniária, a qual pode estar na direção educacional dos filhos, no trabalho doméstico, ou em serviços materiais de outra ordem, como na ajuda em termos de afeto, estímulo e amparo psicológico.” (TJRS, Ac.unân.4ª Cam. Cív., Ap.Cív.12.497-4/94 - comarca de Olinda, rel. Des. Telsina Reis, j.4.2.98)*

<sup>80</sup> *Nesse sentido, JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA avulta o papel da afetividade nas relações familiares contemporâneas: “a afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível”, cf. Fundamentos constitucionais do Direito de Família, cit., p. 235.*

<sup>81</sup> *MARINA BERENICE DIAS chega mesmo a sustentar a consagração do afeto como um verdadeiro direito fundamental, permitindo projeções de mais alto relevo, como, v.g., o reconhecimento da igualdade entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva. É então esclarece: “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais que passaram a se sustentar no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito de família instaurou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”, cf. Manual de Direito das Famílias, cit., p. 68.*

“O Judiciário não pode se esquivar de tutelar as relações baseadas no afeto, inobstante as formalidades muitas vezes impingidas pela sociedade para que uma união seja digna de reconhecimento judicial.” (TJRS, Ac.7ªCâm.Cív., ApCív.70010787398 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. Maria Berenice Dias, j.27.4.05)

O afeto caracteriza-se, destarte, como o grande continente que recebe todos os mananciais do Direito de Família, podendo (*rectius*, devendo) ser o fundamento jurídico de soluções concretas para os mais variados conflitos de interesses estabelecidos nessa sede.<sup>82</sup>

Vale, então, fazer referências a algumas hipóteses (evidentemente exemplificativas!) nas quais é possível reconhecer a concretização do afeto nas relações pessoais de família.

### a) Possibilidade de acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrasta pelo enteado

O nome é direito da personalidade e tende à identificação social da pessoa humana.

Compreendendo, pois, o nome civil como aspecto integrante da personalidade humana, projetando a sua dignidade no seio social e familiar, reclama-se, pois, uma interpretação não exaustiva das hipóteses modificativas do nome, permitindo a sua alteração em justificadas hipóteses para salvaguardar a sua personalidade, de acordo com o caso concreto.

Abranda-se, desse modo, a regra da *inalterabilidade* do nome.<sup>83</sup> É de se reconhecer, assim, a possibilidade de mudança excepcional do nome nos casos em que a proteção da dignidade humana esteja evidenciada, sendo impossível, por óbvio, uma limitação legal taxativa. Seja qual for o caso, se a dignidade humana reclamar, admite-se a mutação.

Não é por outro motivo que o Superior Tribunal de Justiça, patrocinando esse entendimento, permitiu que um filho, abandonado pelo seu genitor, apesar de reconhecida a paternidade, alterasse seu nome patronímico. Veja-se:

*“O nome pode ser modificado desde que motivadamente justificado. No caso, além do abandono do pai, o autor sempre foi conhecido por outro patronímico. A jurisprudência, como registrou Benedito Silvério Ribeiro, ao buscar a correta inteligência da lei, afinada com a ‘lógica do razoável’, tem sido sensível ao entendimento de que o que se pretende com o nome civil é a real individualização da pessoa perante a família e a sociedade”* (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 66.643/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 21.10.97, DJU 9.12.97, p. 64.707).

<sup>82</sup> *“Lá reconheceu o Superior Tribunal de Justiça: ‘Família. Guarda de filhas. Assentado e acórdão recorrido na preva dos autos que indica já estarem as filhas na guarda do pai, integradas ao convívio familiar e gozando de afeto, a modificação da guarda pode ser prejudicial às filhas, no cenário desenhado nos autos.’* (STJ, Ac.3ª T., REsp.27346/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j.18.3.04, DJU 3.5.04, p.145)

<sup>83</sup> *Sobre o tema, seja consentido remeter ao que escrevi anteriormente, tratando do nome como um direito da personalidade e defendendo a relativização da regra da imutabilidade, constante da Lei de Registros Públicos. Vide, FARIAS, CARLOS ALBERTO MENEZES DE, cf. Direito Civil: Teoria Geral, cit., especificamente p. 136.*

Nesse mesmo sentido, é de se reconhecer que o afeto (marca precípua do Direito de Família, materializando a dignidade humana nesse ramo do Direito) pode justificar a mudança de nome patronímico, exatamente com o escopo de garantir a dignidade de seu titular.

Não foi por outro motivo que a nossa melhor jurisprudência já permitiu a mudança do nome de pessoa que foi “criada desde tenra idade pelo padrasto”, retirando o patronímico do pai biológico para acrescentar-lhe o do padrasto, para que pudesse “se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela”.<sup>84</sup>

Frise-se, nessa linha de idéias, que razões de ordem psicológica (íntima) e de ordem social devem confluir para averiguar, na situação concreta, se a alteração é necessária para assegurar a dignidade humana. É postura que “abre perspectivas para uma corrente liberal”<sup>85</sup> na alteração do nome, apesar da regra geral da inalterabilidade.<sup>86</sup>

Exemplificando, vale lembrar precedente jurisprudencial pelo qual permitiu-se que o enteado acrescentasse ao seu, o sobrenome de seu padrasto, com base no vínculo afetivo estabelecido entre eles ao longo do tempo de convivência. Veja-se a ementa ilustrativamente:

“Acréscimo do apelido de família do padrasto ao prenome. Admissibilidade. Justificação plausível. Forma como o autor é conhecido no meio social. Inteligência do art. 58 da Lei n.6.015/73.” (TJSP, Ac.unân. 4ª Câmara de Direito Privado, ApCív.327.007-4/1-00 – comarca de Taubaté, rel. Des. Carlos Stroppa, j.29.4.04, in *Revista Brasileira de Direito de Família – RBDfam* 28:118)

## b) Inadmissibilidade de discussão da culpa nas dissoluções conjugais

Afirmado o afeto como esteio do Direito de Família atual, vislumbra-se que em uma relação familiar não se pode imputar conseqüências jurídicas àquele que não mais nutre afeto por conta da deterioração da vida em comum, a erosão do amor. Enfim, respeitando a *confiança* nas relações amorosas, materializada no afeto, impõe-se afastar toda e qualquer discussão acerca da culpa em sede jurídica.<sup>87</sup>

O amor (ou melhor, a perda do amor), jurado solenemente por ambos os consortes, não pode ser julgado pelo Estado-juiz. Apesar da crueldade da comparação, admitir uma separação judicial discutindo a culpa de um dos cônjuges assemelha-se à propositura de uma ação para discutir o descumprimento das obrigações pactuadas em

<sup>84</sup> STJ, Ac. 2ª Seção, RFSp. 220059/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.11.00, DJU 12.2.01, in RSTJ 145:255.

<sup>85</sup> Com esse espírito e referência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já assentou entendimento no julgamento da ApCív. 7000.660092 – comarca de Planalto, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 3.9.03.

<sup>86</sup> Demonstrando esse posicionamento, também a Corte paulista já afirmou a possibilidade de alterar o nome de família da viúva quando contrair novo casamento: “Registro civil. Assente de casamento. Alteração de nome. Pretensão de viúva nubente de acrescentar o apelido de família do segundo marido ao nome de solteira, suprimindo o do primeiro cônjuge. Admissibilidade. Ação julgada precedente. Sentença confirmada” (TJ/SP, ApCív. 21.360-1, rel. Des. Alves Barbosa, in RSTJSP 81:211).

<sup>87</sup> A respeito da compreensão constitucional da separação judicial, inclusive formulando crítica à estruturação atual do Código Civil de 2002, permitindo a discussão de culpa, com fartas referências jurisprudenciais, seja consentido remeter ao que escrevi anteriormente, *FABRIS, CARLOS GUSTAVO CHIFFRE DE*, cf. A separação judicial à luz do garantismo constitucional, *cit.*, notadamente p.96-102 e 115-152.

negócios jurídicos. Como se o amor e o afeto pudessem ser igualados a meros deveres obrigacionais, negociais.

Em verdade, permitir a pesquisa das situações conjugais que levaram ao fracasso do amor – se não fosse impossível<sup>88</sup> – importaria na subversão do elemento ético das relações familiares,<sup>89</sup> *patrimonializando* relações afetivas, *coisificando* a pessoa humana.

Nada é mais importante do que a proteção da dignidade do ser humano e a preservação de sua felicidade. Daí que, atentando contra a dignidade humana a discussão da culpa, sobreleva sua repulsa com fundamentos constitucionais. É que adentrar na vida privada do casal para discutir aspectos que lhe são íntimos viola, sem dúvida, as suas garantias fundamentais, expondo a parte mais íntima de suas vidas a uma indevida publicidade, somente para tentar desvendar um mistério sem solução: por que terminou o amor? Assim, não se apresenta razoável, de fato, permitir a discussão sobre a culpa somente para que um cônjuge expie a sua culpa no outro.<sup>90</sup>

O processo de rompimento da relação afetiva não se coaduna, pelas regras codificadas, com a complexidade psíquica e afetiva existente em concreto. Por isso, é essencial que os atores processuais (juiz, promotor de justiça, defensor público, advogado, serventuário e auxiliares) não permitam que no lugar da verdadeira razão consciente do rompimento amoroso – o desamor, a falta de afeto e de vontade de ficar juntos – sejam entronizados elementos estranhos, como vingança, mágoa, dor...

Seguramente, só com o afastamento da discussão sobre a culpa o nosso sistema jurídico conseguirá se adequar às normas que tratam da dissolução do casamento, com o novo espírito jurídico – fundado na ética e no afeto – que advém da nova tábua axiológica constitucional.<sup>91</sup>

Resta, agora, aguardar daqueles que lidam, cotidianamente, com a ciência jurídica uma nova postura: firme na intransigente defesa da legalidade constitucional e do afeto como base fundante do Direito de Família, promovendo os valores mais caros à sociedade brasileira (especialmente a dignidade da pessoa humana e os direitos

---

<sup>88</sup> *A respeito, se disse com propriedade: “não há nada mais presunçoso que se achar capaz de descobrir quem é o culpado e quem é inocente. O casamento é relação íntima, personalíssima e interativa. Chegaria a ser pedante, se não fosse ridículo, pois nem os envolvidos sabem dizer quem é o culpado de que”, na feliz síntese do mestre JOÃO BENEDITA VILLELA.*

<sup>89</sup> *Li teve a jurisprudência a oportunidade de disparar: “O exame da culpa deve ser evitado sempre que possível consoante moderna tendência do Direito de Família. Quando termina o amor, é dramático o exame da relação havida...” (TJ/RJ, Ac. 7ª Cam. Civ., Ap. Civ. 70.003.893.534, rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j. 6.3.02, in Revista Brasileira de Direito de Família – RBDfam 14:122)*

<sup>90</sup> *“A averiguação da culpa pelo fim do casamento objetiva lançar exclusivamente sobre o outro, de modo maniqueísta, a responsabilidade pela falência da relação, expungindo-a daquele que a invoca. Mais clara fica essa circunstância quando, como no caso, nenhuma seqüela de ordem jurídica poderá advir do eventual reconhecimento da culpa de varão...” (TJ/RJ, Ac. 7ª Cam. Civ., Ag. Instr. 7000.11020021 – comarca de Pelotas, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 4.5.05)*

<sup>91</sup> *Incorporando esse espírito, é de se esperar que, de lege ferenda, venha o ordenamento jurídico brasileiro, seguindo as linhas avançadas propostas pela melhor doutrina e jurisprudência, e adequando a lei civil (infraconstitucional) ao comando constitucional (especialmente à planilha de garantias fundamentais), extirpar de direito positivo a culpa como elemento da dissolução do casamento, adequando a norma infracostitucional – especificamente os arts. 1.572, caput, 1.573, 1.578 e 1.704, Parágrafo Único – aos novos paradigmas principiológicos constitucionais, atendendo, em especial, à preservação da dignidade humana, para submeter a extinção matrimonial a um único fundamento: a vontade do cônjuge. Nessa linha de raciocínio, inclusive, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 413/05 que pretende extinguir o instituto da separação judicial, obstando toda e qualquer discussão sobre a culpa nas dissoluções conjugais, justificando-se exatamente pelos motivos aqui escandidos.*

fundamentais constitucionais) e afastando todas as normas jurídicas infraconstitucionais que atentem contra os princípios, sem receio de estar indo contra o sistema, por saber que se encontra a favor dele.

Por isso, há de se promover a efetivação da norma constitucional, afastando a possibilidade de sua discussão, pelo feixe de motivos supra concatenados, independentemente de expressa previsão de lei. Exige-se um comportamento *garantista* do jurista contemporâneo, efetivando os direitos e garantias fundamentais, estabelecidos constitucionalmente, obstando discussões estéreis e infrutíferas, que somente servem para “lavar a alma” de quem foi vencido no jogo do amor e pretende dar o troco no processo.

Encaixa-se, no particular, como luva acórdão da Corte de Justiça baiana, relatado pela ilustre e atuante Desembargadora MARIA JOSÉ SALES PEREIRA, cuja transcrição é pertinente:

“Sem embargo do novo Código Civil ainda preservar o princípio da culpa como um de seus fundamentos, para o pleito separatório, quando, a exemplo do que já ocorre com o divórcio, poderia ter se limitado à circunstância fática da ruptura da convivência, a orientação jurisprudencial mais atualizada, em face da dificuldade de, na maioria dos casos, atribuir a culpa pelo fracasso do matrimônio a qualquer dos cônjuges, tem, mesmo quando fundado o pedido na separação-sanção (*caput* do art. 5º da Lei do Divórcio, atual art. 1.572, CC), pela simples constatação da situação fática que aponta para a inconveniente permanência da sociedade conjugal, o que não afasta o direito a alimentos pelo cônjuge que deles necessitar.” (TJ/BA, Ac.2ªCâm.Cív., ApCív.25.644-1/2004 – comarca de Senhor do Bonfim, rel. Des. Maria José Sales Pereira)

Não fossem suficientes os argumentos levantados, é de se observar que, no plano concreto, é de se obstar a discussão de culpa por não decorrerem efeitos práticos, uma vez que a fixação de alimentos, a guarda de filhos, a partilha de bens e o uso do sobrenome do consorte submetem-se a regras próprias, desvinculadas, em sua essência, da culpa.<sup>92</sup>

### **c) Desnecessidade de realização da audiência para tentativa de reconciliação nas ações de separação judicial ou divórcio**

Em conformidade com o art. 3º, §2º, da Lei nº6.515/77 (cujo espírito já estava incorporado pelo art. 1.122 do CPC), “o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se *reconciliem* ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, *reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário*”. O escopo do legislador parece evidente: fazer com que o juiz (representando o Estado, em sua acepção lata) tente obter a reconciliação do casal, evitando a ruptura da relação casamentária.

---

<sup>92</sup> *“Separação litigiosa. Culpa. Já se encontra sedimentado o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto o seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática.” (TJ/RJ, Ac.7ªCâm.Cív., ApCív.7000.974.6082 - comarca de Antônio Prado, rel. Des. Maria Berenice Dias, j.1.12.04)*

E o pior: a jurisprudência chegou mesmo a entender que a falta de tentativa de reconciliação do casal implicava em nulidade do processo.<sup>93</sup>

Não se pode olvidar, contudo, que o referido dispositivo legal foi talhado em momento histórico distinto do atual, ainda sob o regime autoritário de exceção e sob as influências do Código Civil de 1916, que vislumbrava no casamento o único modelo de constituição de família. Ou seja, a citada norma legal tinha o escopo de manter o matrimônio, pois a sua dissolução implicaria na fratura da própria célula familiar, uma vez que inexistia família fora do casamento.

Como destacado alhures, contudo, uma vigorosa e consistente alteração foi promovida com a Lei Maior de 1988, que reconhece o afeto como motor de impulsão das regras familiaristas, deixando antever uma preocupação fundamental em privilegiar a tutela avançada da pessoa humana.

Ora, se o afeto é a base da relação familiar, fatal reconhecer que a sua cessação, gera um direito fundamental de obter a dissolução do vínculo casamentário, sob pena do Estado violar a liberdade e a privacidade do titular, obrigando-o a permanecer unido a alguém por quem não mais nutre amor. Assim sendo, observa-se que *ao direito de constituir família, através do casamento* (atendidos meros requisitos legais, independentemente de perquirição estatal acerca da certeza ou convicção dos nubentes em relação ao propósito alvitado), *haverá de corresponder o espelho invertido, que é o direito de desconstituí-la – e com a mesma facilidade!*

É nesse novo e alvissareiro panorama que se haverá de compreender toda a sistemática legal infraconstitucional, pois a *Lex Legum* tem prevalência e supremacia hierárquica, vinculando – formal e materialmente – todas as normas que compõem o respectivo sistema jurídico.

Ora, pavimentado o caminho que faz avultar as garantias constitucionais, fácil é inferir a inadmissibilidade e inutilidade da audiência prévia de reconciliação do casal. É que a efetivação do princípio constitucional liberdade (que deriva da dignidade humana) traz consigo a impossibilidade de estabelecer óbices à vontade das partes de desfazer os laços do matrimônio, com exigências indevidas que não lhes foram feitas quando da sua celebração.

Dessa maneira, considerando que existem outras tantas formas de constituição de núcleo familiar (albergadas todas no *caput* do art. 226 da CF, que reza ter a família *especial proteção do Estado*) – o que afasta, de uma vez por todas, o falso “interesse público” na manutenção do casamento (o que poderia existir antes da *Lex Fundamentallis*, quando o casamento era o *único* modelo de composição de família) – bem assim como entendendo que a liberdade de autodeterminação e de escolha dos seus destinos é garantia constitucional, não se pode mais emprestar qualquer utilidade à audiência prévia para tentar restabelecer um vínculo afetivo que já faliu.

<sup>93</sup> Nesse sentido: *SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL HOMOLOGAÇÃO. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO*. 1. Mesmo havendo acordo firmado pelas partes ajustando a separação judicial, é imperiosa a realização da audiência de ratificação. 2. Trata-se, pois, de exigência expressa do art. 1.122 do CPC, sendo que a inobservância da forma legal acarreta a nulidade da decisão... (TJRS, Ac.7ª Câm Cív., Ap Cív. 70009994468 - comarca de Santo Antônio das Missões, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelles Chaves, j. 10.11.04)

Como poderá o magistrado se imiscuir no seio de uma relação conjugal que ele não conhece? Quem é o juiz para propor a pessoas, cuja história afetiva ele *não conhece*, que continuem casadas? Tais indagações evidenciam a *indevida interferência do Estado na vida privada das pessoas*, cuja tutela avançada foi determinada constitucionalmente. Por isso, fácil é perceber que não há necessidade (*rectius*, não há possibilidade!) de intervenção do Judiciário na intimidade do casal.

Do contrário, permitir-se-á a abertura de uma indevida exceção de intromissão estatal na vida privada, constituindo perigoso precedente.

Assim sendo, “embora constante da lei a obrigatoriedade da designação de audiência preliminar de tentativa de re(conciliação), o eventual suprimento dessa formalidade não causa nulidade absoluta do feito, já que observados os princípios da finalidade e da celeridade processual”, como assinala BELMIRO PEDRO WELTER.<sup>94</sup> Do mesmo modo, JANDER MAURÍCIO BRUM, utilizando sua experiência judicante, destaca que a “audiência de ratificação vem do tempo em que o marido exercia a chefia do casal; do tempo em que a união estável era rotulada de imoral. Enfim, está muito atrasada em relação aos novos rumos experimentados pelo Direito de Família”. E dispara com invulgar percuciência: “é preciso coragem para uma posição menos antipática. Chegou o momento de pensar em coisas mais atuais”.<sup>95</sup>

Em sede jurisprudencial já é possível encontrar precedente:

“Separação consensual. Audiência de ratificação. *Ainda que haja determinação legal* e seja recomendável a realização da audiência de ratificação, excepcionalmente pode ser dispensada, principalmente quando não há filhos, nem obrigação alimentar.  
*Não se verificando vício na manifestação de vontade das partes, possível chancelar a separação consensual, sem a formalidade (a designação de audiência)*”. (TJRS, Ac.7ªCâm.Cív., AgInstr.70012081089 – comarca de Santo Antônio das Missões, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 9.11.2005)

Por derradeiro, vale encalamistrar que inexistente prejuízo a qualquer dos consortes na dispensa da audiência de reconciliação. Até mesmo porque: *i)* o Judiciário não pode insistir no restabelecimento de um casamento no qual o afeto já acabou; *ii)* em caso de eventual acordo pernicioso a uma das partes, o juiz poderá deixar de homologá-lo, conforme autorização do art. 34, §2º, da Lei do Divórcio<sup>96</sup>; *iii)* se houver coação ou qualquer outro vício de vontade, a parte lesada poderá buscar a anulação do ato jurídico, por meio de ação anulatória, no prazo decadencial, contemplado no art. 178 do Código Civil<sup>97</sup>; *iv)* se a celebração de negócio jurídico diz respeito a interesse privado, não há interesse público em verificar a existência de vício de vontade, pois se assim fosse, o juiz teria de designar audiência para tentativa de restabelecer toda e qualquer relação negocial.

<sup>94</sup> Cf. *Separação e divórcio*, cit., p. 76.

<sup>95</sup> Cf. *Separação judicial e divórcio no novo Código Civil*, cit., p.35-6.

<sup>96</sup> Art. 34, §2º, *Lei do Divórcio*: “o juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.

<sup>97</sup> Art. 178, *Código Civil*: “É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I – no caso de coação, do dia em que ela cessar; II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade”.

Não fossem suficientes tais argumentos, vale destacar que os dados estatísticos pretorianos indicam ser inócua a audiência para tentativa de restabelecimento da vida em comum. O volume de casamentos restabelecidos é, sem dúvida, insignificante, especialmente quando confrontado com a perda de tempo e o atraso nas pautas de audiência, atrapalhando processos que, de fato, reclamam maior atenção do julgador.

### Notas conclusivas

O avanço científico e sociológico pelo qual passa a família do novo milênio, bem como o esforço de afirmação dos valores constitucionais acatados pela Cartacidadã de 1988, justificam a adoção da *confiança* como valor jurídico, determinante de toda e qualquer relação jurídica, inclusive no âmbito do Direito Privado – que também encontra-se subsumido à legalidade constitucional (especialmente às garantias individuais e sociais, elevadas à altitude de cláusula pétrea).

No particular do Direito de Família a confiança incide tanto sobre as relações patrimoniais, como sobre as relações existências, adquirindo diferentes feições a depender da sua materialização.

Em sede de relações patrimoniais, a confiança ganha a forma da *boa-fé objetiva*, com suas diferentes funções, pautando todo e qualquer efeito econômico da relação familiar por um conteúdo ético, naturalmente esperado das partes de uma relação jurídica, obstando o enriquecimento sem causa e a frustração das expectativas alheias.

Por outro turno, no âmbito existencial a confiança toma os contornos do *afeto*, marcando todas as relações familiares e justificando uma preocupação fundamental com a preservação da dignidade dos componentes de cada núcleo.

De um jeito ou de outro, o certo é que a confiança altera a essência da relação jurídica familiar, exigindo uma postura mais aberta e contemporânea, essencial para a descoberta de suas possibilidades e limites. Tudo isso porque, em última análise, o reconhecimento da confiança nada mais significa, senão a busca incessante da efetivação das garantias e valores (humanistas) constitucionais no campo privado da família, demonstrando o compromisso da Lei Maior com um ideal de cidadania.

### Referências

- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 6ªed., 2002.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2004
- BRUM, Jander Maurício. *Separação judicial e divórcio no novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Aide, 2002
- CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no Direito de Família*, Curitiba: Juruá, 2002



- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- \_\_\_\_\_. *Teoria crítica do Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ªed., 2005
- \_\_\_\_\_. *A separação judicial à luz do garantismo constitucional: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006
- GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983
- LECLERCQ, Jacques. *A família*, Tradução Emérico da Gama, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família: aspectos polêmicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ªed., 1999
- \_\_\_\_\_. "Do regime de bens entre os cônjuges", In DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, São Paulo: RT, 2004
- MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *O enriquecimento sem causa e o novo Código Civil Brasileiro*, Porto Alegre: Síntese, 2003
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*, Curitiba: Juruá, 2ªed., 1998
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*, São Paulo: RT, 2002
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 14ªed., 2004, vol. V

- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: uma introdução ao Direito Civil-Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 3<sup>a</sup>ed., 1997
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2005
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005
- SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999
- SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- \_\_\_\_\_. “Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira”, In *Studia Iuridica – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra editora, n.48, 2001
- VIEIRA, Marcus André. *A ética da paixão: uma teoria psicanalítica do afeto*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001
- VILLELA, João Batista. “As novas relações de família”, In *XV Conferência da OAB – Anais*, Foz do Iguaçu: OAB, 1994
- WELTER, Belmiro Pedro. *Separação e divórcio*, Porto Alegre: Síntese, 2000