

STÉFANIE KORNREICH

A teoria do abuso do direito aplicada ao Direito de Família

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Titular Doutora Teresa Ancona Lopez

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

STÉFANIE KORNREICH

A teoria do abuso do direito aplicada ao Direito de Família

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação da Professora Titular Doutora Teresa Ancona Lopez.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Kornreich, Stéfanie

A teoria do abuso do direito aplicada ao Direito de Família ; Stéfanie Kornreich ; orientadora Teresa Ancona Lopez -- São Paulo, 2020.

182 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Abuso do direito. 2. Boa-fé. 3. Bons costumes. 4. Direito de Família. 5. Casamento. I. Lopez, Teresa Ancona , orient. II. Título.

Nome: KORNREICH, Stéfanie.

Título: A teoria do abuso do direito aplicada ao Direito de Família

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título do Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Profº Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Profº Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Profº Dr.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Dedico aos queridos Ema Kornreich, Alexandre Damiano e Ricardo Katz, que deixaram saudades.

“Un droit porté trop loin devient une injustice.”

(Voltaire)

"Iaakov Markovitch fez um grande favor à colônia quando se recusou a conceder o divórcio a Bela Markovitch: foi uma atitude tão terrível que era só olhar para ele para que se sentissem puros."

(Ayelet Gundar-Goshen, 2018)

AGRADECIMENTOS

Percorrido este longo caminho, é chegada a hora de agradecer aos que me guiaram e àqueles que estiveram ao meu lado no percurso.

Nada seria possível sem a querida professora Teresa Ancona Lopez, a quem agradeço a produção doutrinária sobre o abuso do direito - que, inclusive, inspirou o presente trabalho - e sua primorosa contribuição para que eu desenvolvesse o tema no Direito de Família. Estas breves linhas não comportam o meu apreço pela sua orientação, com todo o carinho e sapiência que lhe são característicos.

Meus sinceros agradecimentos aos professores José Fernando Simão e João Aguirre pela participação ativa na minha banca de qualificação, precedida da leitura atenta do trabalho até então realizado. Suas argutas críticas e observações muito acrescentaram à presente dissertação.

Sou extremamente grata à minha família por me proporcionar todas as oportunidades que uma pessoa poderia ter e por me ensinar a importá-las ao máximo. Principalmente, agradeço à minha mãe e grande amiga Teresa Damiano, pelo apoio incondicional e por me encorajar sempre, mesmo diante dos maiores desafios; ao meu pai, Mario Kornreich, por ser tão presente em minha vida e nunca deixar faltar afeto, reforçando diariamente a importância da nossa convivência; à minha avó Olinda Damiano, agradeço a proximidade e cuidado que tanto contribuíram para a minha formação.

Um agradecimento muito especial ao meu marido, Marco Katz, por se importar verdadeiramente e enfrentar comigo os desafios desta e de outras jornadas, demonstrando cada dia mais que eu não poderia ter escolhido um melhor companheiro para a vida.

Agradeço à minha irmã, Débora Kornreich, pela doçura e fraterna admiração que me motivam a ir além. A Rosana Andrade e Regina Katz, agradeço a paciência e o olhar tão atencioso ao longo dessa trajetória.

Não poderia deixar de agradecer aos amigos que compreenderam tanto as minhas ausências como os momentos em que, presente, me revelei monotemática com assuntos do mestrado e da dissertação. À Camilla Rollemberg, agradeço pela força da nossa amizade, que coloca em prática o significado do empenho em gostar de alguém. Agradeço à Luciana Nocite, que tive o prazer de conhecer na pós-graduação e se tornou

uma amiga e parceira de pesquisa, compartilhando as angústias desse período. Aos queridos amigos Maria Carolina Magalhães, Carolina Beddicks, Carina Guo, Camilla Ribeiro, Rebeca Garcia, Carla Garçone, Deborah Pereira, Carolina Noronha, Breno Casiuch, Cintia Guimarães, Matheus de Moura Sena, obrigada pelas palavras de apoio e pela torcida.

Sou especialmente grata a Vitor Butruce, que conduziu meus primeiros passos jurídicos nos remotos tempos de estágio no BMA, mas que permanece referência ímpar de profissionalismo e de dedicação acadêmica.

Aos colegas da Defensoria Pública de Santo Amaro, cujo trabalho inspira e enobrece a carreira, agradeço de todo o meu coração. Não teria conseguido, principalmente, sem a prestimosidade de Ana Rita Prata, Arianne Ieri, Felipe Romariz, e Tatiana Kotake, que não mediram esforços para me ajudar nessa reta final.

A Defensoria também me presenteou com o conhecimento da obra de Felipe Pires Pereira, a quem agradeço por me acolher tão gentilmente, engrandecendo esta dissertação com proveitosas conversas e indicações bibliográficas.

Agradeço, enfim, à Defensoria Pública de São Paulo, instituição de que tanto me orgulho em fazer parte, e à Escola da Defensoria Pública, pelo incentivo.

Por último, mas não menos importante, agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pelo crescimento intelectual (e espiritual) despertado pelo seu rico acervo e graciosas arcadas.

A todos, o meu muito obrigada.

RESUMO

KORNREICH, Stéfanie. *A teoria do abuso do direito aplicada ao Direito de Família*. 2020. 182 p. Dissertação (Mestrado em: Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A teoria do abuso do direito tem sido aplicada a diversos ramos do Direito, sendo oportuno o estudo da sua projeção no âmbito das relações jurídicas familiares. A partir de um apanhado histórico do instituto, a autora evidencia a sua origem, os desafios percorridos para sua conceituação e autonomia, assim como seus principais elementos e alcance. Em seguida, procede à análise da incidência da teoria do abuso do direito no Direito de Família, com um recorte analítico das situações usualmente identificadas pela doutrina e jurisprudência de aplicação do instituto nas relações de filiação, casamento e união estável.

Palavras-chave: Abuso do direito. Boa-fé. Bons Costumes. Fins econômicos e sociais. Direito de Família. Poder familiar. Casamento. União estável.

ABSTRACT

KORNREICH, Stéfanie. *A teoria do abuso do direito aplicada ao Direito de Família*. 2020. 182 p. Dissertação (Mestrado em: Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

The abuse of rights doctrine has been applied to several branches of law, and it is appropriate to study its implementation within the scope of family legal situations. From a historical record of the institute, the author highlights its origin, the challenges pursued to its conception and autonomy, as well as its main elements and extent. Then the author proceeds with the analysis of the incidence of abuse of rights doctrine on Family Law, with an analytical screening out of situations usually identified by the doctrine and jurisprudence of application of the institute in the relations of affiliation, marriage and common law marriage.

Keywords: Abuse of rights. Good faith. Morality. Economic-social legal ends. Family Law. Family power. Marriage. Common law marriage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 OS CAMINHOS DA CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO ABUSO DO DIREITO: DA ORIGEM À POSITIVAÇÃO	15
1.1 A CONTROVERSA ORIGEM NO DIREITO ROMANO.....	15
1.2 A <i>AEMULATIO</i> E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NA TEORIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO.....	21
1.3 A RELEVANTE CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO FRANCÊS.....	23
1.4 REFLEXOS DA INFLUÊNCIA FRANCESA E O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NO DIREITO ESTRANGEIRO	29
1.5 A EVOLUÇÃO DO ESTUDO DO ABUSO DO DIREITO NO BRASIL.....	35
2 UMA ANÁLISE DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO	43
2.1 AS TEORIAS NEGATIVISTAS DO ABUSO DO DIREITO	44
2.2 EM BUSCA DE UM CRITÉRIO PARA CONCEITUAR O ABUSO DO DIREITO.....	48
2.2.1. O critério da anormalidade do dano.....	50
2.2.2 O critério da correção de moralidade ou carência de legitimidade ética	52
2.2.3 O critério da contrariedade ao elemento valorativo do direito subjetivo.....	56
2.2.4 O critério da disfuncionalidade perante o sistema jurídico e o exercício inadmissível de posições jurídicas	60
2.3 O ABUSO DO DIREITO E O CÓDIGO CIVIL DE 2002	65
2.3.1 O abuso do direito como figura autônoma e o problema da localização do art. 187	70
2.3.2 Elementos necessários para a caracterização do abuso segundo o art. 187 do código civil.....	76
2.3.2.1 <i>O fim econômico ou social</i>	77
2.3.2.2 <i>Os bons costumes</i>	78
2.3.2.3 <i>A boa-fé</i>	80
2.3.3 Da relação entre o abuso do direito e a boa-fé como institutos autônomos.....	82
2.3.4 Das hipóteses de exercício inadmissível como decorrência da boa-fé a partir da cláusula geral do art. 187 do Código Civil.....	86
2.4 ASPECTOS SOBRE O ALCANCE TERMINOLÓGICO DA EXPRESSÃO ABUSO DO DIREITO.....	90

2.4.1 O significado da palavra abuso.....	91
2.4.2 O alcance do exercício de um direito para a caracterização do abuso.....	93
2.4.2.1 <i>Compreendendo o advérbio manifestamente</i>	99
2.4.3 Abuso de ou do direito?	100
3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO ÀS SITUAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES	103
3.1 O CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA	106
3.2 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO DIREITO DE FAMÍLIA	109
3.3 O ABUSO DO DIREITO EVIDENCIADO NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO	115
3.3.1 Situações de exercício disfuncional do poder familiar constatado na criação e educação dos filhos.....	120
3.3.2 O abuso na recusa da autorização para o casamento.....	125
3.3.3 O abuso na vedação da convivência com os avós	127
3.3.4 O abuso do direito evidenciado na alienação parental.....	129
3.3.5 Situações de abuso do direito em que podem incorrer o devedor ou o credor da prestação de alimentos.....	136
3.4 A INCIDÊNCIA DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NAS RELAÇÕES ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS	143
3.4.1 Situações de abuso do direito com relação aos alimentos prestados entre cônjuges e companheiros	144
3.4.2 O abuso na fixação do domicílio legal do casal	152
3.4.3 O abuso na administração dos bens do casal.....	154
3.4.4 O abuso com relação à posse do lar comum após a separação de fato.....	157
3.5 O ABUSO DO DIREITO NO ROMPIMENTO DE NOIVADO.....	161
CONCLUSÃO	169
REFERÊNCIAS.....	175

INTRODUÇÃO

A ideia de limitação ao exercício dos direitos tem intrigado os juristas desde os primórdios, sendo antiga a discussão sobre a necessidade de reprimir juridicamente comportamentos que, apesar de aparentemente respaldados pela lei, eram praticados com o intuito de prejudicar terceiros.

No curso da história, coube principalmente aos estudiosos franceses aprofundarem-se sobre o tema ao final do século XIX e início do século XX, quando foram construídas as bases para a sistematização do que hoje conhecemos como teoria do abuso do direito, com o delineamento dos parâmetros para que o exercício de um direito passasse a ser considerado abusivo; muito embora, ainda hoje, seja o tema alvo de acalorados debates no mundo jurídico.

No Brasil, atualmente, o abuso do direito tem seu principal alicerce legal no art. 187 do Código Civil de 2002, que o qualifica como o exercício de um direito legalmente previsto que exceda manifestamente a boa-fé, os bons costumes ou os limites sociais ou econômicos visados pela norma.

O reconhecimento da importância do abuso do direito na limitação da autonomia individual e a inclusão de seu preceito na parte geral do Código Civil ressalta a abrangência do instituto no direito privado e permite a sua projeção sobre todas as áreas do Direito, sendo de especial atenção, neste estudo, as situações atinentes ao abuso do direito no Direito de Família.

O tema adquire relevância ainda maior diante do atual conceito de família, base da sociedade e do Estado, voltada primordialmente para assegurar a dignidade e o desenvolvimento da personalidade de todos os seus membros. Estes objetivos maiores não podem ceder face a interesses egoísticos dos familiares individualmente considerados, o que leva a se falar na família como ambiente incompatível com o exercício inadmissível de posições jurídicas.

Através da presente dissertação, objetiva-se analisar o abuso do direito no âmbito das relações familiares, passando pelo estudo de sua origem, principais conceitos e elementos, a fim de contribuir para um olhar aprofundado do instituto no Direito de

Família, que, embora reconhecido como solo fértil para a sua aplicação, permanece pouco desbravado pelos que se aventuram na teoria do abuso do direito.

Ao mesmo tempo, dando cor e embasamento dogmático ao tema, apresenta-se um recorte analítico das situações usualmente identificadas pela doutrina e jurisprudência de aplicação do instituto principalmente nas relações de filiação, casamento e união estável.

1 OS CAMINHOS DA CONSTRUÇÃO TEÓRICA DO ABUSO DO DIREITO: DA ORIGEM À POSITIVAÇÃO

Parafraseando a máxima *summum jus summa injuria*, Voltaire já afirmava: "*un droit porté trop loin devient une injustice*"¹, significando que o excesso no uso de um direito pode caracterizar uma situação de injustiça.

Embora a noção de relatividade dos direitos não seja nova, a construção científica do que veio a se denominar de abuso do direito tardou a se firmar, sendo permeada até os dias de hoje por controvérsias que envolvem as suas origens.

Nessa ordem de ideias, antes de adentrar no estudo sobre a aplicação do abuso do direito às relações familiares, mostra-se tanto necessária quanto instigante a investigação de como se deu a sedimentação das suas bases teóricas e o caminho trilhado até a efetiva estruturação da teoria do abuso do direito.

1.1 A CONTROVERSA ORIGEM NO DIREITO ROMANO

Como observa JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, dos 1.807 dispositivos que formam o Código Civil de 1916, 1.455 sofreram a influência do Direito Romano, o que se repete no Código Civil de 2002, já que reproduziu grande parte dos artigos do diploma que o precedeu². Oportuno indagar, nesse sentido, se o objeto do presente trabalho, positivado no art. 187 do atual diploma civilista, está entre estes dispositivos. A origem romana do instituto, diga-se logo, está distante de ser pacífica na doutrina.

Por um lado, o Direito Romano era palco do *neminem laedit qui iure suo utitur*³ e do *nullus videtur dolo facere qui suo utitur*⁴, máximas segundo as quais, se alguém estivesse no exercício de um direito próprio não poderia causar prejuízo a quem quer que fosse. Analisando a temática sob esse prisma, não haveria de se falar em abuso do

¹ Cf. JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed.

² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 19. ed. 2019. p. 3.

³ No vernáculo: "a ninguém prejudica aquele que usa de seu direito" tradução de AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 311.

⁴ No vernáculo: "nenhum dolo parece fazer quem usa seu próprio direito" tradução de AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2. p. 362.

direito, cuja essência reside, como será analisado, na limitação do exercício de posições jurídicas⁵.

Além disso, os romanos não se dedicaram a construir dogmas, mas a apresentar respostas a determinados casos concretos conforme surgissem⁶. Como sistematizações e abstrações não eram comuns no Direito Romano, ainda não havia o conceito de direito subjetivo, o que, em um primeiro olhar, impossibilitaria atribuir-lhe, em qualquer de suas fases⁷, as raízes do abuso do direito.

Por outro lado, a premissa de que as sementes do abuso do direito teriam sido plantadas já no Direito Romano se compatibilizaria com a constatação de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES de que, embora não houvesse conhecimento da distinção entre o direito objetivo e direito subjetivo pelos romanos, já era possível conceber a ideia de atribuições jurídicas conferidas às pessoas, o que se assemelha em muito ao que hoje conhecemos como direito subjetivo⁸. Essa noção se coaduna com a afirmação de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA de que desvendar o histórico do abuso do direito levaria o investigador à velha Roma⁹.

Na mesma esteira, ALEXANDRE A. CORRÊA sustentou este entendimento em trabalho apresentado no Seminário Internacional de Direito Romano, realizado em 1971 na Universidade de Perugia, Itália, ao afirmar que "[o]s textos do Direito Romano relativos ao que chamamos 'abuso dos direitos' são numerosos, aparecendo nas relações as mais variadas, quer de direito privado, quer de direito público"¹⁰. Segundo o romanista, embora não tenha havido uma preocupação com a formulação de princípios, a limitação dos direitos teria sido internalizada pelos romanos intuitivamente.

⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 672.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 289.

⁷ Sobre as fases do Direito Romano, José Carlos Moreira Alves adota a seguinte divisão: "a do direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.)"; "a do direito clássico (daí ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; o período áureo dessa época vai de 96 a 235 d.C.)"; "a do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d.C.)" ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 19. ed. 2019. p. 72.

⁸ *Ibid.*, p. 92.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, jan./mar. 2003. p. 97.

¹⁰ CORRÊA, Alexandre. Notas sobre o abuso dos direitos em direito romano clássico. *Justitia*, São Paulo, v. 36, n. 87, p. 211–220, out./dez. 1974.

Nessa perspectiva, a ausência de concepção de regras gerais não teria impedido a presença de um sentimento claro de proibição do abuso no Direito Romano. O desestímulo ao abuso se faria presente tanto em alguns brocardos, a exemplo do "[n]on omne quod licet honestum est"¹¹, que, para o autor, aproximaria o Direito da moral, como em diversas situações particulares, tais como a vedação contida na Lei das XII Tábuas de que o *pater familias* vendesse o seu filho mais de três vezes¹² ou a possibilidade de se valer da *actio Pauliana* para revogar os atos do devedor praticados em fraude contra credores¹³. Assim prossegue ALEXANDRE A. CORRÊA:

Se ideias semelhantes ao *male enim nostro jure uti non debemus* se apresentam constantemente nos textos, junto com o *qui suo jure utitur neminem laedit* não se poderá razoavelmente concluir de tal fato, pela existência, em Direito Romano Clássico, duma regra comparável, pelos resultados práticos, ao princípio do abuso?¹⁴

Conforme prossegue o autor, o espírito das leis é extraído pelo intérprete da norma, tarefa esta que, no Direito Romano, era atribuída ao pretor auxiliado pelos juriconsultos. Os pareceres daí advindos refletiam as ideias dominantes daquele período, sendo, portanto, influenciados por preceitos morais e éticos, norteados pela já presente noção de equidade, o que levaria, nessa perspectiva, à coibição do exercício anormal do direito em diversas situações. Essas limitações são entendidas pelo autor como representações jurídicas romanas do combate ao abuso do direito.¹⁵

A elaboração de entendimento sobre a noção de abuso do direito a partir do Direito Romano pode ser observada em escritos de outros juristas, ainda que de maneiras diferentes.¹⁶ Embora com menor intensidade, CLOVIS BEVILAQUA compartilha do sentimento de coibição dos atos abusivos entre os romanos. Segundo ressalta, "[d]esde muito cedo, as

¹¹ "Paulo, desde a Lei das XII Tábuas, dizia: '*Non omne quod licet honestum est*' - Nem tudo que é lícito é também honesto". CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 25.

¹² ("*Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto*") o que, aliás, permitiu aos práticos a invenção, como sabemos, da *emancipatio*". CORRÊA, Alexandre. Notas sobre o abuso dos direitos em direito romano clássico. *Justitia*, São Paulo, v. 36, n. 87, p. 211–220, out./dez. 1974. p. 213.

¹³ *Ibid.*, p. 213. Em sentido contrário, afirma Sotelo que a ação pauliana não pode ser considerada antecedente da teoria do abuso, pois regula hipótese distinta na qual não há, propriamente, o direito do devedor de alienar patrimônio afetado ao pagamento de um crédito. SOTELO, José Calvo. *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1917. p. 135.

¹⁴ CORRÊA, Alexandre, *op. cit.*, p. 216.

¹⁵ *Ibid.*, p. 212

¹⁶ Nesse sentido, além dos autores acima referidos: LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. v. 1. p. 277; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 118.

melhores consciências sentiam que o direito deve ser exercido dentro de certos limites ethicos"¹⁷. De acordo com o seu magistério, a concepção absoluta atribuída ao Direito Romano já era relativizada na prática pelos costumes e a partir da atuação de filósofos e jurisconsultos que, norteados por preceitos morais, levavam à preponderância do interesse público sobre o particular, do geral sobre o egoístico. Para ilustrar sua posição, faz referência ao *summum jus summa injuria*¹⁸, afirmação de Cícero indicando que o direito deve ter um limite, o que, por sua vez, decorreria da solidariedade humana, fundamento moral desse pensamento¹⁹.

De maneira semelhante, FRANCISCO AMARAL considera ser possível reconhecer antecedentes históricos do abuso do direito no Direito Romano, uma vez que já se cogitava estabelecer limitações ao agir conforme o direito. Como exemplos, cita a "proibição ao proprietário de demolir sua casa para vender os materiais" e a "perda da propriedade quando o titular se recusava a prestar caução de dano infecto". O autor deixa claro, contudo, que a estruturação teórica do abuso do direito ocorreu, efetivamente, apenas no século XIX com a queda da noção puramente individualista e liberal dos direitos subjetivos.²⁰

Acompanhando esse entendimento, INACIO DE CARVALHO NETO argumenta que a ausência de uma definição específica ou mesmo correlata ao abuso do direito não significa que o seu conteúdo não estivesse presente no pensamento jurídico romano. Segundo esse raciocínio, embora inexistente uma estruturação formal da matéria no Direito Romano, a teoria do abuso do direito não era completamente desconhecida dos romanos, que até mesmo se valeram dela em alguns casos concretos.²¹

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA demonstra que, inicialmente, o *ius* parece, de fato, ser analisado sob a perspectiva exclusiva do seu titular, a quem proporciona

¹⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, [1956-]. 2 v. p. 432.

¹⁸ Em tradução livre: justiça excessiva torna-se injustiça.

¹⁹ BEVILAQUA, Clovis. *op.cit.*, p. 432.

²⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 311. No mesmo sentido, MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 11-15 (atualizador: José da Silva Pacheco): "[v]ários textos do direito romano, dos quais transparece a condenação do exercício abusivo dos direitos, vêm por de manifesto que a ideia não é inteiramente nova. [...] Os romanos não construíram uma teoria do abuso do direito. Povo simples e rude, a formação de seu direito obedeceu às necessidades práticas da vida, sendo notório que os seus jurisconsultos não se preocupavam, em regra, com as generalizações".

²¹ CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do Direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 25.

benefícios ou vantagens, podendo ser exercido de forma irrefreada independentemente de tal uso vir a causar grave prejuízo na esfera alheia. Seu limite seria, assim, somente o próprio conteúdo. Contudo, um exame mais aprofundado sob o filtro do princípio da convivência já permitiria antever diversas situações em que esse uso supostamente irrestrito era cerceado. Nas suas palavras:

Os que vão buscar inspiração no direito romano defrontam-se, na verdade, com uma espécie de escusativa genérica para o exercício abusivo dos direitos, a qual é atingida por tão frequentes exceções que forçam a conclusão segundo a qual, *in concreto*, aquele sistema nunca deixou de condicionar o exercício das faculdades jurídicas ao respeito pela norma abstrata de convivência.²²

Assim, seria possível observar a relativização da máxima *neminem laedit qui iure suo utitur* com a aplicação, em situações excepcionais, além dos já citados *non omne quod licet honestum est* e *summus ius, summa iniuria*, dos adágios *malitis non est indulgendum*²³, *male enim nostro jure ut non debemos*²⁴, viver honestamente, não causar danos a outrem e dar a cada um o que é seu, considerados regras de interpretação jurídica²⁵.

Contrariamente a esse entendimento, MENEZES CORDEIRO ressalta que "[a] consagração, no Direito Romano, do 'abuso do direito', como tal, mais do que indemonstrada, é hipótese a contraditar", e prossegue afirmando que o abuso do direito emergirá apenas no sistema jurídico francês. O jurista nega, assim, quaisquer antecedentes históricos que possam ter levado diretamente ao abuso do direito, sustentando se tratar, em realidade, de instituto recente e dotado de suas próprias bases teóricas.²⁶ Nesse sentido, para MENEZES CORDEIRO, embora fosse possível encontrar situações similares às soluções

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 671-672.

²³ Em tradução livre: não devemos ter indulgência com atos originados de más intenções.

²⁴ "Não devemos mal-usar do nosso direito". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 115.

²⁵ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito*: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23. Também extraem o abuso do direito dos brocardos romanos: AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932. p. 9-10; e Louis Josserand: " *il semble que le jurisconsulte Gaius formulait déjà une théorie générale de l'abus de droit quand, pour justifier l'interdiction des prodiges et la défense aux maîtres de maltraiter leurs esclaves, il proclamait que nous ne devons point mesurer de notre droit: 'male enim nostro jure uti non debemus'*". JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*: théorie dite de l'abus des droits. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 3. Em tradução livre: parece que o jurisconsulto Gaius já formulava uma teoria geral do abuso do direito quando, para justificar a interdição dos prodígios e a proibição dos mestres de maltratar seus escravos, ele proclamava que nós não devemos fazer mau uso de nosso direito.

²⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 677.

empregadas com o recurso ao abuso do direito, este não se desenvolveu a partir de diretrizes romanísticas. Ao contrário, o abuso do direito teria sido construído tardiamente - séculos após -, com estrutura e origem próprias. O trecho a seguir elucida este raciocínio:

O abuso do direito não teve consagração geral no Direito romano, ainda que sob terminologia diversa. Tão pouco uma alegada proibição de *actos ad aemulationem*, a *exceptio doli* ou a regulação dos conflitos de vizinhança podem, com propriedade, ser apontados como seus antecedentes lineares. Ainda quando estes institutos tenham enquadrado soluções materiais romanas integráveis, séculos volvidos, nos meandros das condutas abusivas, obedecem a técnicas próprias e a princípios diversos.²⁷

Norteados por tais premissas, o autor conclui que o abuso do direito surgiu apenas no século XIX, quando efetivamente estabelecidas as suas bases teóricas. Seria, portanto, um instituto inteiramente novo, dotado de independência dos seus apontados antecedentes históricos. Ao concluir nesse sentido, TERESA ANCONA LOPEZ salienta que todos os elementos apontados no Direito Romano corresponderiam a simples "vestígios" e não a "antecedentes da moderna teoria do abuso do direito"²⁸.

Em obra dedicada especificamente ao abuso do direito, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ compartilha do entendimento de que não há que se perscrutar a sua origem no Direito Romano, como sói indicar por diferentes autores já citados. O jurista português critica a doutrina que relaciona o abuso aos aforismos *summum ius, summa injuria, non omne quod licet honestum est, malitis non est indulgendum* ou aos exemplos lá encontrados de proteção do escravo contra seu dono, do filho contra o pai e de repressão à fraude, dentre outras figuras²⁹. A sua conclusão sobre a real origem do abuso pode ser observada no trecho abaixo destacado:

Verdadeiramente, a teoria do abuso do direito surge e vai-se afirmando no contexto histórico-social do liberalismo capitalista da segunda metade de novecentos, como reacção à mentalidade que o século anterior impusera ao mundo dos códigos de direito privado e às contradições insitas entre os princípios formulados, e a prática, quer no âmbito das

²⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 683.

²⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 1002.

²⁹ Segundo ressalta Cunha de Sá, em sentido contrário a tais brocardos, haveria: "*dura lex, sed lex, qui iure suo utitur neminem laedit* ou *neminem facit injuriam, feci, sed iure feci*". CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 49 e nota de rodapé n. 7.

relações entre os particulares, quer no das relações entre estes e a administração pública.³⁰

Nesse sentido, a problemática do abuso do direito não teria nascido da obra dos juriconsultos romanos, mas, sim, de um complexo contexto filosófico, econômico e político em que os valores burgueses deixavam de ser enxergados como absolutos, passando a sofrer a influência de correntes de pensamentos com forte viés social. Nesse momento, questionava-se a igualdade formal defendida pelo movimento individualista liberal que, na prática, era formadora de diferenças, assim como o caráter atribuído aos direitos subjetivos de poderes do indivíduo frente ao Estado³¹, construindo-se a possibilidade de interpretação da ação abusiva.

A partir desse breve apanhado, verifica-se que a doutrina se divide entre: o reconhecimento do abuso do direito de forma implícita no Direito Romano, a partir de noções éticas e morais que, intuitivamente, acabavam por limitar atributos tidos como absolutos, como a propriedade; a identificação dessas limitações como raízes do abuso do direito no Direito Romano que, desenvolvidas, levaram ao seu surgimento na modernidade; e, por fim, a clara separação entre a relativização de direitos promovida em determinados casos particulares pelos romanos e a efetiva teoria do abuso do direito, que veio a aparecer bem mais tarde, mais especificamente no Direito francês.

Em que pese a discussão sobre a origem remota do instituto, a doutrina parece convergir quanto ao início da real sistematização do abuso do direito apenas no sistema jurídico francês, quando começaram a ser pensados abstratamente os seus pressupostos a partir do julgamento de uma série de casos concretos, o que será aprofundado em tópico específico sobre o tema.

1.2 A *AEMULATIO* E SUA POSSÍVEL INFLUÊNCIA NA TEORIZAÇÃO DO ABUSO DO DIREITO

Outros antecedentes históricos podem ter contribuído para a estruturação da teoria do abuso do direito, sendo o caso da chamada teoria da *aemulatio*, adotada no Direito Intermédio para se referir aos atos de emulação, que, na definição de FRANCISCO

³⁰ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 50.

³¹ *Ibid.*, p. 50-51.

AMARAL, correspondem àqueles praticados com o único objetivo de prejudicar alguém sem que o ato resulte em benefício de ordem econômica para quem o realiza³².

Os romanos atribuíam à palavra latina *aemulatio* diversos significados. Podia, por exemplo, traduzir um empenho persistente para imitar determinado comportamento alheio considerado virtuoso. Sob outro prisma, podia se referir ao sentimento negativo de invejar outra pessoa talvez a ponto de com ela competir³³. A expressão reúne, assim, dois significados, o que a torna simultaneamente positiva e negativa.

Embora o termo possa ser encontrado nos textos romanos, a sua utilização não era técnica, mas a partir do significado trivial da palavra à época, isto é, no sentido de disputa ou traição. Assim, em que pese tal palavra haja sido utilizada em textos dos jurisconsultos romanos, não aparece no *Corpus Iuris Civile* no seu sentido jurídico, mas, como apontado, apenas no sentido de rivalidade ou disputa.

A sua incorporação técnica, por sua vez, teria sido observada apenas na Baixa Idade Média, a partir do trabalho da Escola dos Glosadores, posteriormente desenvolvido pelos Comentadores até a sua ampla aceitação na comunidade jurídica, com a incorporação somente do viés negativo da *aemulatio* romana ao tratar dos denominados atos de emulação³⁴.

Segundo PEDRO BAPTISTA MARTINS, faziam-se necessários os seguintes requisitos para a caracterização da *aemulatio* medieval: o exercício de um direito; que este exercício causasse prejuízo a um terceiro e, simultaneamente, fosse inútil para quem o exerceu; por fim, a intenção de causar dano a outrem devendo ser o único motriz desse exercício.³⁵

Feita essa síntese, é importante reconhecer que parte da doutrina costuma apontar os atos de emulação como solo fértil para o nascimento do abuso do direito, sendo

³² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 260. No mesmo sentido, DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1984. p. 369.

³³ TAKAOKA, Marcos. *Do ato emulativo ao abuso do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 35-36.

³⁴ AMARAL Francisco. *op. cit.*, p. 42. Sobre o tema, ressalta José Carlos Barbosa Moreira: "[a] palavra *aemulatio* (que no latim clássico significa *competição*) somente no latim medieval é que vai designar atividade realizada com a intenção de prejudicar. Na glosa já se encontra a proibição dos atos de emulação.". MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, jan./mar, 2003. p. 301, nota 23, grifo do autor.

³⁵ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 18.

este analisado apenas no seu aspecto subjetivo, isto é, como a intenção de causar um mal a outrem. Essa é a orientação adotada por FRANCISCO AMARAL ao afirmar que "[o] precedente imediato da teoria do abuso de direito é a opinião dos juristas medievais sobre a ilicitude dos atos de emulação"³⁶.

Enquanto a *aemulatio* romana aparecia preponderantemente em questões relativas ao uso das águas, o Direito Medieval acabou por ampliar a sua incidência para o direito de propriedade associado ao direito de vizinhança³⁷, manifestações bastante corriqueiras no trato cotidiano. A recorrência, na prática, dos atos de emulação fez surgir a preocupação de reconhecer a existência de limites de ordem social e econômica de modo a cercear esse comportamento nocivo. Sobre os atos emulativos e sua relação com o abuso do direito, destaca SAN TIAGO DANTAS:

Esta doutrina, que desfrutou a maior voga durante a Idade Média, como nos primórdios dos tempos modernos, deslocou-se consideravelmente, com a vida de hoje. Deslocou-se por dois motivos: primeiro, por um princípio de ordem técnica – é quase impossível saber quando o ato foi praticado com emulação; além do que, é sempre muito difícil conhecer-se os estados de espírito, mesmo quando estes estados se traduzem em atos concretos; segunda razão, é que os conflitos emulativos, tão comuns na Idade Média, são raros no direito de hoje.³⁸

Assim, gradativamente se começou a pensar em um viés social dos direitos e na sua relativização, sendo incorporada a noção de que não mais seriam tidos como ilimitados, a ponto de, em determinadas situações, poder ser reprimido o abuso no seu exercício.

1.3 A RELEVANTE CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO FRANCÊS

Sob a influência da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o direito de propriedade, qualificado como "sagrado" e "imprescritível"³⁹, foi regulado com

³⁶ AMARAL Francisco. *Direito Civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 311.

³⁷ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 16.

³⁸ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil*: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984. p. 370.

³⁹ BOULOS, Daniel. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 33.

largo alcance no art. 544⁴⁰ do *Code Napoléon*, de 1804. Conforme ali disposto, na falta de lei ou regramento específico, o exercício do direito de propriedade não encontraria limites.

O curioso é notar que, a despeito do caráter quase absoluto conferido ao direito de propriedade, como acima exemplificado, a França é considerada o local de nascimento do abuso do direito no viés moderno⁴¹. Isso em parte pode ser atribuído ao fato de que a natureza individualista do *Code*, destituído de uma normativa genérica que estabelecesse restrição aos direitos nele contidos, fez surgir, na prática, diversas injustiças, o que provocou uma reação da jurisprudência.

Nesse contexto, a expressão “abuso do direito”, cunhada pelo autor belga LAURENT⁴², surgiu justamente para designar diversas situações em que o tribunal francês determinou a sua limitação de determinado direito no caso concreto, embora o reconhecesse em abstrato. Desde a entrada em vigor do *Code Napoléon*, ou seja, logo no início do século XIX, foram observados diversos casos levados a julgamento na França, nos quais, embora fosse reconhecido o direito do réu, este acabou sendo vencido em razão de irregularidades no exercício desse direito⁴³. A partir da relevância e profusão temática desses julgados, FRANCISCO CUNHA DE SÁ atribui o nascimento do abuso do direito ao trabalho empreendido pelos julgadores franceses:

A criação da figura do abuso de direito é, de início, obra da jurisprudência francesa, que dela fez as mais importantes aplicações no domínio do direito da propriedade, das garantias especiais das obrigações, do direito de estar em juízo, dos direitos de família (promessa de casamento, poder paternal, poder marital), dos contratos (recusa de contratar, fase negociatória e decisória, relações dos contratantes entre si e destes com terceiros, nomeadamente credores de uma das partes, cumprimento das obrigações, sociedade, locação, dissolução dos contratos, v.g., do mandado, da sociedade, da prestação de serviços ou revogação unilateral), das liberdades individuais e corporativas (liberdade

⁴⁰ “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 9 nov. 2019. Em tradução livre: “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não haja uso proibido pelas leis ou pelos regramentos”.

⁴¹ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 1003.

⁴² Segundo destacado por MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 670.

⁴³ Vale conferir a profunda análise da jurisprudência francesa sobre o abuso do direito na obra de JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

de pensamento, liberdade de comércio, greve, *lock-out*, *mise à l'index*, direito de associação), etc.⁴⁴

Seguindo essa compreensão sobre o tema, MENEZES CORDEIRO traz diversos precedentes a título ilustrativo, salientando que, já em 1808, ocorreu a condenação do proprietário de uma oficina em razão da produção de chapéus provocar evaporações desagradáveis para os vizinhos.⁴⁵ Doze anos mais tarde, em 1820, julgou-se o caso do construtor de um forno condenado por não adotar a cautela adequada na construção, acabando, também, por prejudicar seu vizinho.⁴⁶

LOUIS JOSSERAND relata que, em 1855, houve a condenação de um proprietário por edificar uma falsa chaminé, consideravelmente alta, com o único intuito de impedir que a luz chegasse à janela do vizinho, com quem vinha se desentendendo. No julgado proferido pela Corte de Colmar, o que justificaria o direito de propriedade seria o interesse legítimo do seu titular, requisito este, no entanto, não preenchido no caso concreto: verificada a intenção do proprietário de simplesmente prejudicar o outro, restou afastada a regularidade do exercício desse direito. O proprietário malicioso foi, então, condenado a demolir a chaminé falsa, o que se deu com fundamento na vedação do abuso do direito.⁴⁷

Um desses precedentes tornou-se o mais notório: trata-se do caso *Clément-Bayard*, no qual o proprietário de um terreno rural, vizinho ao hangar de um fabricante de balões dirigíveis, construiu em sua propriedade torres de madeira bastante altas (do tamanho de casas, como descrito por JOSSERAND) com hastes de ferro afiadas, sem que isso representasse qualquer utilidade, servindo apenas para causar perigo às aeronaves no terreno adjacente. Após ocorrer um acidente com um dos balões, o dono do hangar requereu perdas e danos e a demolição das construções, sendo o caso julgado em 1913, com a condenação confirmada pela Corte de Cassação em 1915.⁴⁸ Em sua defesa, o

⁴⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 51-52.

⁴⁵ Dentre as múltiplas decisões similares que se seguiram na época, Menezes Cordeiro destaca, ainda, um caso em 1854 sobre a condenação de um proprietário que bombeava a água do próprio poço para um rio unicamente a fim de baixar o nível do rio do vizinho e, em 1861, a condenação de um proprietário que não agiu com cuidado ao proceder a perfurações no seu prédio, acabando por provocar desabamentos no do vizinho. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 671.

⁴⁶ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 27.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 26-27.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 27-28. O caso também é narrado em MENEZES CORDEIRO, António. *op. cit.*, p. 671. Originalmente, contudo, o primeiro a relatá-lo foi Demogue *apud* MONTEIRO, Washington de Barros; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: parte geral*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

proprietário rural invocou o caráter absoluto da propriedade com fundamento nos artigos 544 e 552 do Código Napoleão, que, respectivamente, autorizavam ao proprietário o uso e gozo irrestrito do bem, aqui compreendido o direito de erguer as construções que bem entendesse. No julgamento, contudo, houve a relativização desse direito, pois se entendeu manifesto o propósito de prejudicar outrem, sendo dado provimento à pretensão do fabricante de dirigíveis. Na fundamentação, restou consignado que o direito de propriedade só poderia ser exercido socialmente, jamais com a intenção de fazer mal a alguém⁴⁹.

Na mesma linha do entendimento acima exposto por CUNHA DE SÁ, MENEZES CORDEIRO sustenta que a análise dos casos que conduziram à formação dessa jurisprudência levaria à conclusão de que o abuso do direito seria instituição original do Direito Francês. O teor dos julgados se restringiria ao reconhecimento de que o direito questionado, sendo destituído de utilidade própria, deveria ceder ao direito do vizinho de também gozar de sua propriedade. Em nenhum deles, a fundamentação faz referência à *aemulatio*, à *exceptio doli* ou à *bona fides*, por exemplo, o que justificaria a independência de sua formação teórica com relação aos institutos que o precederam, sem necessariamente fazer referência à precedência do Direito Romano.⁵⁰

De toda forma, se observa que o Direito Francês atrelava o abuso às noções de culpa e de ato ilícito. Os julgados ora mencionam o uso do direito com finalidade diversa daquela para a qual fora legalmente previsto, ora reconhecem a culpa grave ou a intenção de prejudicar. Na doutrina, SALEILLES, por exemplo, o conceituava como o “exercício anormal do direito”⁵¹, sem perder de vista a relevância do elemento subjetivo para a sua configuração⁵². Segundo constata TERESA ANCONA LOPEZ, a ocorrência do abuso era

⁴⁹ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 27-28.

⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da boa fé no direito civil*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 678.

⁵¹ Reproduz-se, aqui, trecho relevante de sua obra: “[l]a véritable formule serait celle qui verrait l’abus de droit dans l’exercice anormal du droit, excerce contraire à la destination économique ou sociale du droit subjectif, excerce réprouvé par la conscience publique et dépassant, par conséquent, le contenu du droit, puisque tout droit, au point de vue social, est relatif et qu’il n’y a pas de droits absolus, pas même la propriété”. SALEILLES, Raymond. *Étude sur la Théorie Générale de L’Obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. p. 371, nota de rodapé). Em tradução livre: “a verdadeira fórmula seria aquela que enxergaria o abuso do direito como exercício anormal do direito, exercício contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo, exercício reprovado pela consciência pública e que ultrapassa, em consequência, o conteúdo do direito, já que todo direito, sob o ponto de vista social, é relativo e não há direitos absolutos, mesmo a propriedade”.

⁵² *Ibid.*, p. 370-373, nota de rodapé.

fundamentada, portanto, sempre no elemento subjetivo, seja pela má-fé, malícia, deslealdade, culpa ou dolo.⁵³

Em meio à ebulição doutrinária que se apressava para dissecar o instituto, tornou-se notória a crítica de MARCEL PLANIOL⁵⁴ à fórmula *usage abusif des droits*, sob o argumento de que traria uma contradição ínsita, afinal, não seria possível, simultaneamente, exercer um direito e dele abusar. O conceito de direito, por si só, afastaria a ideia de abuso, com ele incompatível. Para o autor, a expressão representaria, nas suas palavras, uma "logomaquia"⁵⁵, isto é, mero embate de palavras, já que um ato não poderia ser, simultaneamente, contrário e conforme a lei. Nas também célebres palavras do autor, "*le droit cesse où l'abus commence*"⁵⁶.

Seguindo o entendimento de PLANIOL, a premissa de relatividade dos direitos também foi severamente criticada por GEORGES RIPERT e JEAN BOULANGER para quem a teoria representaria uma ameaça à força dos direitos privados. Para chegar a esta conclusão, os autores utilizaram o fundamento de que todo direito privado seria absoluto na medida em que confere o direito de agir conforme um interesse pessoal e não social. Caberia, assim, apenas à lei estabelecer a extensão de determinado direito para que este não contrarie o interesse público. Na ausência de limitação legal explícita não se poderia exigir do particular a preocupação com o interesse social, admitindo-se que usufrua livremente da situação privilegiada conferida pela lei.⁵⁷

Rebatendo posicionamentos contrários, JOSSERAND defendeu o instituto do abuso do direito em análises mais adensadas, primeiramente em *De l'abus des droits*, de 1905, e, com maior amadurecimento, na obra que ganhou notoriedade, *De l'esprit des*

⁵³ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 997-1017. p. 1005.

⁵⁴ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926. t. 2. p. 298.

⁵⁵ A célebre expressão foi utilizada por Planiol no seguinte trecho: "*Cette nouvelle doctrine repose tout entière sur un langage insuffisamment étudié: sa formule 'usage abusif des droits' est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit*" PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926. t. 2. Tradução livre: "Essa nova doutrina repousa toda ela em uma linguagem insufficientemente estudada: sua fórmula 'uso abusivo dos direitos' é uma logomaquia, porque se eu uso do meu direito, meu ato é lícito; e quando ele é ilícito, é porque eu ultrapasso meu direito e ajo sem direito".

⁵⁶ Tradução livre: "o direito cessa onde o abuso começa".

⁵⁷ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Traité de Droit Civil d'après le traité de Planiol*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. t. 1. p. 295-296.

*droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*⁵⁸, que aperfeiçoa e firma a sua concepção, tornando-se, assim, nome de referência obrigatória sobre o tema.⁵⁹ Nestas obras, defendeu a relatividade de todos os direitos no seu conteúdo já que são exercidos no bojo da convivência social, de modo que um ato que contrarie os interesses da sociedade não poderia se sustentar. À luz desse entendimento, é o espírito da norma a finalidade que justifica a sua tutela jurídica.⁶⁰

No conjunto de seu trabalho, o autor se dedicou a investigar os diversos critérios utilizados pela jurisprudência francesa para condenar determinadas condutas exercidas de forma abusiva. O primeiro deles seria o intencional, isto é, exercido com a específica intenção de prejudicar, assemelhando-se ao ato emulativo. Em seguida, destacou o critério técnico, que corresponderia ao exercício incorreto de um direito, podendo levar a faltas graves ou simples. Também foram analisados o critério econômico, que corresponderia ao exercício de direitos para atender interesses ilegítimos, e, ainda, o critério social, funcional ou finalista⁶¹. Ao final, JOSSERAND elege este último como o único suficiente a concretizar a "verdade integral", sendo que os demais atenderiam apenas parcialmente à teoria do abuso.⁶²

Seguindo esse raciocínio, toda prerrogativa ou poder jurídico - aqui compreendido o poder familiar - seria social na sua origem e, portanto, na sua essência e missão ao qual se destinam. Todos trariam em si uma função, sendo o ato abusivo aquele contrário ao seu fim ou espírito⁶³. Válido, aqui, reproduzir as suas considerações sobre a mudança do viés do abuso que teria sido inicialmente adotado pelos romanos:

[A] teoria do abuso [...] mudou de significado e de critério; enquanto, para os juristas romanos, o ato abusivo era sobretudo, senão exclusivamente, o ato malicioso, ele se tornou, no estado atual do nosso direito positivo, o ato antifuncional, o ato contrário ao espírito de um

⁵⁸ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

⁵⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 16.

⁶⁰ JOSSERAND, Louis. *op. cit.*, p. 10.

⁶¹ Os critérios são tratados, respectivamente, às p. 366-378, 379-387, 388-393 e 394-399 da obra acima referida de Jossierand.

⁶² JOSSERAND, Louis. *op. cit.*, p. 394.

⁶³ *Ibid.*, 1939. p. 394-395.

direito determinado; se outrora ele era intencional, o critério se tornou social, e a teoria muito ganhou com isso em poder e extensão.⁶⁴

JOSSERAND também refutou expressamente a difundida crítica de PLANIOL⁶⁵, sustentando ser possível ser titular de determinado direito e, simultaneamente, tê-lo contra si, traduzido no já citado brocardo *summum jus summum injuria*.⁶⁶

Verifica-se, assim, a relevância do Direito Francês para o desenvolvimento da teoria do abuso do direito, tendo em vista que tanto a jurisprudência como a doutrina dedicaram-se ao tema ao longo do século XIX e início do século XX, dando ensejo a proveitosas discussões que alavancaram os esforços para a sua compreensão não só naquele país, como em outras partes do mundo.

1.4 REFLEXOS DA INFLUÊNCIA FRANCESA E O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Após a sua difusão no sistema jurídico napoleônico, o abuso do direito se expandiu para o Direito alemão, mas de forma diversa. Enquanto, na França, observou-se uma sucessão de decisões judiciais casuísticas condenando determinadas práticas, dando origem ao instituto de forma ainda embrionária, sem qualquer sistematização ou embasamento legal, no Direito alemão, a teoria do abuso do direito desenvolveu-se a partir de dois caminhos distintos: o da *exceptio doli*⁶⁷ e da *chicana*⁶⁸. A *chicana* foi bastante estudada ao longo do século XX, sendo definida, em sentido amplo, como o exercício do direito para prejudicar outrem e, em sentido restrito, como o exercício de um direito sem interesse próprio com o fim de prejudicar. A comissão do *Reichstag* a incluiu na parte geral do Código, possibilitando a sua incidência em todos os ramos do Direito Civil⁶⁹. O Código Civil alemão de 1900 (BGB) positivou, assim, a regra do § 226 sobre a vedação da

⁶⁴ Tradução livre. No original: [L]a théorie de l'abus [...] a changé de signification et de critère: tandis que, pour les juristes romains, l'acte abusif était surtout, sinon exclusivement, l'acte malicieux, il est devenu, dans l'état actuel de notre droit positif, l'acte antifonctionnel, l'acte contraire à l'esprit d'un droit déterminé; d'intentionnel qu'il était autrefois, le critère est devenu social, et la théorie y a beaucoup gagné en puissance et en étendue. JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 8.

⁶⁵ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926. t. 2.

⁶⁶ JOSSERAND, Louis. *op. cit.*, p. 333.

⁶⁷ Sobre a *exceptio doli*, cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 719-741.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 687.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 688-689.

chicana⁷⁰: “[o] exercício de um direito é inadmissível, se só tem por fim causar dano a outrem”⁷¹. Contudo, a falta de um desenvolvimento técnico satisfatório levou à derrocada tanto prática quanto teórica da vedação à chicana no sistema jurídico alemão, viabilizando que outros institutos ganhassem espaço, a exemplo da boa-fé.

Diante desse contexto, conforme argumenta MENEZES CORDEIRO, despontou uma teoria de proibição ao exercício inadmissível de direitos com fundamento no dispositivo do Código alemão que versava sobre os bons costumes, o § 826 do BGB: “[a]quele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, inflija dolosamente um dano a outrem, fica obrigado à indemnização do dano”. O § 226 foi, assim, substituído pelo § 826 na função de coibir condutas abusivas.⁷²

A partir daí se iniciou o estudo de situações tipicamente abusivas pela doutrina e jurisprudência alemãs que, longe de aprofundarem linearmente o conceito de abuso do direito, se reportavam, primeiramente, à vedação à chicana, passando pela conformidade aos bons costumes e, por fim, à boa-fé. O exercício inadmissível de direitos passou, assim, a estar diretamente vinculado à boa-fé.⁷³

Já em 1907, o Código Civil suíço tratou do abuso do direito em seu art. 2º: “1. Todos devem exercer seus direitos e executar suas obrigações consoante as regras da boa-fé; 2. O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei”.⁷⁴ De acordo com JOSÉ

⁷⁰ A tradução do dispositivo para o inglês, capitulado como “*Prohibition of chicanery*”, pôde ser acessada em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0679. Acesso em: 20 nov. 2019.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 108. Na tradução de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, optou-se pelo vocábulo “ilícito” no lugar de “inadmissível”: “[o] exercício de um direito é ilícito se tem por único fim causar um prejuízo a outrem”. Segundo o autor, cuida-se do abuso do direito na sua forma mais restritiva, a dos atos emulativos. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006. p. 50. Redação original do § 226: “*die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*”. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 59.

⁷² MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 695. Cunha de Sá o traduz da seguinte forma: “todo aquele que, de um modo chocante para os bons costumes, causa voluntariamente danos a outrem, fica obrigado perante este a indemnizá-lo do prejuízo causado”. Na versão original: “*wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem andaren vorsätzlich Schaden verpflichtet*”. MENEZES CORDEIRO, António. *op. cit.*, p. 59.

⁷³ *Ibid.*, p. 695.

⁷⁴ Tradução livre. No original: “Art. 2 – 1. *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi*; 2. *L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi*”.

CARLOS BARBOSA MOREIRA, esta foi a primeira vez em que a expressão relativa ao abuso de um direito teria sido empregue em um diploma legal.⁷⁵

A leitura do dispositivo suíço permite concluir que o abuso do direito foi inserido logo após o artigo que dispõe sobre a boa-fé, colocando em evidência a estreita relação entre ambos.⁷⁶ A segunda parte, que cuida do abuso do direito propriamente, apenas se refere ao instituto importado sem indicar quaisquer critérios ou limites. Assim sendo, embora o art. 2.2 traga o abuso do direito de forma expressa, o faz apenas superficialmente, deixando de definir ou aprofundar o que seria o abuso manifesto de um direito de modo a justificar sua vedação legal.

Segundo CUNHA DE SÁ, o Código Civil suíço trouxe ainda outros avanços para a teoria do abuso do direito. O primeiro dele consistiria na previsão do art. 28, que cominaria uma sanção ao ato abusivo, podendo este levar ao dever de reparação de danos ou mesmo à supressão do próprio ato. Em seguida, o autor chama atenção para a complementação desse dispositivo prevista no art. 41, alínea 2, do mesmo diploma legal, de acordo com o qual está obrigado a indenizar aquele que provoca intencionalmente um dano a alguém em razão de fatos contrários aos bons costumes.⁷⁷

A significativa influência da doutrina alemã na suíça levou à compreensão do abuso do direito como exercício de um direito incompatível com os preceitos da boa-fé. Houve, assim, uma reprodução científica da teoria desenvolvida na Alemanha sem, contudo, reverberar na jurisprudência.⁷⁸ As poucas decisões judiciais proferidas pelas cortes suíças versando sobre o art. 2/2 do ZGB não mencionam a boa-fé, contrariando o que a doutrina vinha desenvolvendo sobre o tema e a própria localização topográfica do dispositivo.⁷⁹ Assim, conclui MENEZES CORDEIRO, apesar da boa vontade do legislador em

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, jan./mar. 2003. p. 97-98. Para Cunha de Sá, em que pese não falar em "abuso", foi o Código alemão o primeiro a dele tratar em uma fórmula geral, embora reconheça que o Código Civil suíço tenha trazido uma redação de maior relevo. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 66.

⁷⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 50.

⁷⁷ De acordo com Cunha de Sá, o artigo incidiria nos casos em que não havia propriamente uma ofensa a um direito subjetivo ou normas legais, mas haveria a necessidade de reparação em razão de um sentimento jurídico de que aquela conduta não poderia ficar impune. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 67.

⁷⁸ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 698.

⁷⁹ Sob outro ângulo, Cunha de Sá, analisa que a jurisprudência helvética acabou por encarar o abuso do direito como o exercício de um direito em contrariedade a sua função social ou respectivo fim. Reconhece,

inserir uma cláusula geral de vedação a comportamentos abusivos, a sua implementação resta prejudicada quando desacompanhada de esforços retroalimentantes da doutrina e jurisprudência para estabelecer a sua aplicação prática, acabando por frustrar o fim almejado pela norma.⁸⁰

No Direito italiano, não foi feita qualquer referência ao abuso no Código de 1865, assim como na codificação francesa, mas, diversamente do ocorrido na França, não havia decisões judiciais relevantes sobre o tema. Contudo, a doutrina italiana acabou por absorver o pensamento jurídico alemão e francês com relação à vedação dos atos abusivos, passando a versar sobre o instituto mesmo diante da ausência de legado jurisprudencial ou previsão legal correlata.⁸¹

No projeto ministerial do Código italiano de 1942 estava previsto um artigo na lei de introdução segundo o qual "[n]inguém pode exercer o próprio direito em contradição com o escopo para o qual o direito lhe é concedido". No entanto, a inexistência de um embasamento científico ou prático e a força de posicionamentos negando o instituto levaram a que a comissão parlamentar suprimisse esse dispositivo. No texto final do Código de 1942, a maior proximidade com o abuso foi apontada no artigo 833, que, restrito à propriedade, tratou dos atos emulativos: "[o] proprietário não pode praticar atos que não tenham outro escopo do que o de prejudicar ou causar moléstia a outrem"⁸². Também costuma ser apontada como referência do abuso o art. 1.438, segundo o qual "a ameaça de fazer valer um direito somente pode ser causa de anulação do contrato quando se destina a obter vantagens injustas"⁸³.

Assim como no espaço jurídico suíço, o italiano foi permeado de uma produção doutrinária insipiente e de escassas decisões judiciais envolvendo o abuso do

no entanto, que a figura é pouco aplicada. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 68.

⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 700.

⁸¹ *Ibid.*, p. 700.

⁸² *Ibid.*, p. 701-702. Segundo ressalta Menezes Cordeiro, o dispositivo recebeu críticas da jurisprudência por tratar de atos emulativos em matéria imobiliária, o que, além de limitado, estava longe de ser inovador. Na redação original: "[i]l proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri". CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 56. Em tradução livre: "o proprietário não pode praticar atos que não tenham outro escopo que o de prejudicar ou causar prejuízo a outrem".

⁸³ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 56. Tradução livre. No original: "*la minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti*".

direito.⁸⁴ Nos raros julgados sobre o tema, a fundamentação acabava amalgamada à disciplina dos atos emulativos, não sendo constatado o recurso, ainda que remoto, a critérios norteadores, a exemplo da boa-fé.⁸⁵

A vedação ao abuso é apontada por JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU como também presente no art. 1º do Código Civil da República Soviética Federativa Socialista da Rússia (RSFSR), de 1922, que assim dispôs: "[o]s direitos civis são protegidos pela lei, salvo nos casos em que são exercidos num sentido contrário à sua destinação econômica e social"⁸⁶. Como se percebe, ainda que não haja menção expressa ao abuso, há uma tentativa de confinar o exercício dos direitos a determinados fins e valores relevantes àquele sistema político e econômico, que não deixam de ser elementos norteadores do agir conforme o Direito, levando ao reconhecimento de seu caráter finalista. Nesse sentido, CUNHA DE SÁ argumenta como o exemplo soviético se revela ideal sob uma perspectiva funcional do abuso, uma vez que este é tratado como uma "limitação geral do exercício dos direitos"⁸⁷, impondo-se, nesse caminhar, a "análise social e econômica de cada acto jurídico para apurar da sua conformidade ou desconformidade com a estrutura socialista do Estado e, só na primeira hipótese, lhe reconhecer a validade e garantir a proteção"⁸⁸.

⁸⁴ Analisando a jurisprudência italiana de meados do século XX, Cunha de Sá constatou que os julgados aplicaram a disciplina do abuso em relação ao direito de propriedade, dos contratos, do trabalho e ao direito de crítica. À guisa de ilustração, cita, dentre outros, um exemplo curioso de um julgado pelo Tribunal de Veneza em 1951, relativo à exposição sem autorização de obras de um pintor na Bienal de Veneza, qualificando-as no catálogo de pintura metafísica, sem que fosse considerado o restante de sua produção artística. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 57-58.

⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 704

⁸⁶ Segundo observa o autor, há que se adotar algumas ressalvas na análise deste dispositivo, considerando o contexto em que foi redigido, fase da Nova Política Econômica (NEP), período de transição em que se desenhava uma tímida abertura à iniciativa privada. Os "Fundamentos da legislação civil da URSS e das repúblicas federadas", de 1961, trazem disposição similar no art. 5º: "[o]s direitos civis são protegidos por lei, excepto nos casos em que são exercidos em contradição com o seu fim na sociedade socialista no decurso do período da edificação do comunismo" (primeiro parágrafo). "No exercício dos direitos e na execução das obrigações, os cidadãos e as organizações devem observar as leis, respeitar as regras da vida comunitária socialista e os princípios morais da sociedade edificando o comunismo" (segundo parágrafo). ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51-54.

⁸⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 68.

⁸⁸ Conforme observa, o caráter finalista do abuso também teria sido adotado pelo Código Civil checoslovaco ("ninguém deve abusar dos direitos civis em detrimento da colectividade) e pelo Código polonês de 1934, que também faz referência à boa-fé ("o que intencionalmente ou por negligência causou um dano a outrem exercendo o seu direito, é obrigado a repará-lo se excedeu os limites fixados pela boa fé ou pelo fim em vista do qual esse direito foi conferido"). CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 69.

Em outros lugares da Europa, como na Grécia, a doutrina germânica desenvolvida a partir do BGB teve um impacto significativo na elaboração de um dispositivo sobre o abuso do direito, cuja redação em muito se assemelha àquela adotada pelo Código Civil de 2002 no Brasil. O art. 281 do Código Civil grego de 1940 foi assim redigido: “[o] exercício de um direito é proibido se excede manifestamente os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do mesmo direito”⁸⁹.

O dispositivo se assemelha a um mosaico estruturado a partir dos elementos doutrinários até então desenvolvidos no direito europeu, com a influência preponderante do pensamento alemão e, em menor escala, francês, suíço⁹⁰ e italiano. Da doutrina germânica e codificação suíça, incorporou a referência à boa-fé e aos bons costumes⁹¹; o art. 71 do projeto franco-italiano das obrigações guiou a inclusão do fim social ou econômico do direito⁹²; o art. 2/2 do Código suíço, por sua vez, ao se referir ao abuso manifesto de um direito, serviu de inspiração para a inclusão do advérbio "manifestamente"⁹³.

Pela primeira vez, o instituto foi positivado com princípios norteadores. A tendência foi incorporada no art. 334 do Código Civil Português de 1966, fruto também da recepção da doutrina externa. A definição do abuso do direito no ordenamento jurídico português não resultou, assim, de uma tradição jurisprudencial ou doutrinária anterior⁹⁴.

Note-se que, inicialmente, o abuso do direito foi previsto no anteprojeto do código português com maior profundidade, sendo tratado em oito artigos e trinta e quatro números. Na extensa redação, foram reunidas diversas expressões isoladas do exercício

⁸⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 50.

⁹⁰ Segundo Cunha de Sá, a redação desse dispositivo foi fortemente influenciada pelo art. 2º do Código Civil suíço. A mesma fórmula teria sido, inclusive, adotada pelo artigo 2º do Código Civil Turco: "Todos são obrigados no exercício dos seus direitos e no cumprimento das suas obrigações a respeitar as regras da boa-fé. O abuso de um direito que cause prejuízo a terceiros não é protegido pela lei". CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 76.

⁹¹ Segundo bem observa Cunha de Sá, há outros artigos no Código Civil grego que trazem os bons costumes como elemento restritivo dos direitos: o art. 178, que impõe nulidade aos atos que lhes são contrários, e o art. 179, que considera nulo o ato que restringe excessivamente a liberdade por sua contrariedade aos bons costumes. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 80.

⁹² CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 70.

⁹³ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 715.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 708.

inadmissível de direitos que assim eram definidas pela doutrina e jurisprudência alemãs⁹⁵. Frustrando o trajeto iniciado, a segunda revisão ministerial acabou por incorporar quase integralmente a redação do art. 281 do Código Civil Grego⁹⁶.

Assim, da mesma forma que o diploma grego, o dispositivo português sobre o abuso do direito incorporou em um dispositivo décadas de doutrina alemã estruturada após o advento do BGB.⁹⁷ Enquanto na versão germânica o comportamento abusivo foi extraído de diversas situações típicas reguladas, aqui o caminho percorrido foi o contrário, partindo-se da tipificação do comportamento abusivo⁹⁸. A positivação do abuso do direito ocorreu de forma semelhante no Brasil.

1.5 A EVOLUÇÃO DO ESTUDO DO ABUSO DO DIREITO NO BRASIL

No Direito pátrio, as Ordenações Filipinas e Manuelinas, que precederam a codificação brasileira, não versaram sobre o instituto, sendo incomum apontar aí os antecedentes da teoria do abuso do direito no Brasil. Ainda assim, de forma isolada, JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO extrai traços da proibição do abuso do direito de algumas regras pontuais de reprimenda à litigância de má-fé, tais como a vedação de cobrança judicial de dívida já quitada, parcial ou totalmente, ou previamente à concretização do termo ou condição⁹⁹. De outra parte, assevera PEDRO BAPTISTA MARTINS, um dos primeiros juristas brasileiros a se debruçar sobre o tema do abuso do direito, que, até o advento do Código Civil de 1916, “não se encontram, além da lide temerária, outros vestígios do abuso do direito”¹⁰⁰.

⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 709-710.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 715.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 717.

⁹⁸ Nesse ponto, relevante reproduzir a constatação de Menezes Cordeiro: “[a] regulação típica de comportamentos abusivos, a não confundir com o comportamento abusivo típico, traduz uma forma de solucionar todas ou algumas situações de abuso, dotada de uma certa unidade linguística e, por vezes, dogmáticas. Sendo típicas, estas regulações não permitem uma classificação, uma vez que ora se sobrepõem parcialmente - um mesmo acto pode ser objeto de várias regulações - ora deixam por cobrir espaços abusivos possíveis”. MENEZES CORDEIRO, António. *op. cit.*, p. 718 e nota de rodapé 259.

⁹⁹ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. d. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 73 e ss. Nas suas palavras: “ao tempo das Ordenações do Reino de Portugal, que aqui vigoraram, em grande parte, durante muitos anos, o abuso do direito no processo encontrava-se expressamente punido”.

¹⁰⁰ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com “Considerações Preliminares à Guisa de Atualização” de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 92. No mesmo sentido, Inacio de Carvalho Neto: “[n]o nosso direito anterior ao Código de 1916 não se tinha

O Código de Beviláqua, por sua vez, embora não tenha tratado expressamente da figura do abuso do direito, parece tê-la inserido implicitamente. Conforme acentua PONTES DE MIRANDA, via-se o instituto ganhar vida já naquele período, ainda que de maneira indireta¹⁰¹. Sua maior aproximação era extraída do art. 160, I¹⁰², do referido diploma, que dispunha não constituírem atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Uma análise da segunda parte do texto do artigo levou à seguinte conclusão da doutrina: se o exercício regular de um direito estaria conforme a lei, em sentido contrário, o exercício irregular do direito não seria lícito¹⁰³. Nesse sentido, sustentou PEDRO BAPTISTA MARTINS:

Se não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido, a eiva inquina, de certo, os atos realizados em virtude do exercício irregular desse direito. A consagração da doutrina do abuso do direito é, portanto, expressa, assentando-se a fórmula numa base puramente objetiva. O destinatário de um direito subjetivo, que o exerce de maneira anormal, desnaturando-lhe os intuitos econômicos ou sociais, envolve a sua responsabilidade e sujeita-se à obrigação de reparar as conseqüências de seu ato abusivo.¹⁰⁴

Esta interpretação do art. 160, I, do Código Civil de 1916 foi defendida pelo próprio CLÓVIS BEVILÁQUA em comentários a referido dispositivo, afirmando

notícia de qualquer dispositivo legal que apontasse para a teoria do abuso do direito nos moldes como conhecemos hoje". CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. 28.

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 109.

¹⁰² Tal dispositivo foi reproduzido no Código Civil de 2002 no art. 188, I: “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. Há autores nacionais que, divergindo da maioria da doutrina, ainda extraem o abuso do direito desse dispositivo, a exemplo de Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros França Pinto: “[a] *contrario sensu*, o ato praticado no exercício não regular de um direito será ilícito. Aí está [...] a condenação ao abuso do direito, cuja noção ainda não se encontra definitivamente cristalizada.”. MONTEIRO, Washington de Barros; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*: parte geral. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 357.

¹⁰³ Na década de 30, assim se manifestou MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 93: “[a] extensão da responsabilidade civil aos atos abusivos é inovação do art. 160, nº I, do Código Civil, onde, a *contrario sensu*, se aninhou, tímida e obscuramente, a fórmula repressora”. No mesmo sentido: AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932. p. 19; LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de Direito Civil*. 2. ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. v. 1. p. 277; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*: principalmente do ponto de vista prático, parte geral (arts. 114-179). 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v. 3. p. 338; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 108.

¹⁰⁴ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 95.

expressamente poder se extrair dele, a *contrario sensu*, a vedação ao abuso do direito¹⁰⁵. De acordo com o jurista, a codificação brasileira teria, assim, recepcionado a doutrina de SALEILLES do abuso visto como exercício anormal do direito, representando uma necessidade de reprimenda a comportamentos contrários ao "destino econômico e social do direito"¹⁰⁶.

Mais remotamente, aponta-se o art. 100 do mesmo diploma legal, que assim dispõe: “[n]ão se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial”¹⁰⁷. Apesar de o enfoque do dispositivo ser a coação, um olhar atento para a expressão “exercício normal de um direito” permitiria extrair a possibilidade de que nem todos os direitos são exercidos dentro da expectativa de normalidade e consequente repreensão ao exercício anormal.

Mesmo com o advento deste e de outros dispositivos apontados pela doutrina como expressões da vedação do abuso do direito¹⁰⁸, em especial o art. 160, I, assim tratado pelo próprio autor do Código, a repercussão jurisprudencial do instituto na época foi incipiente, com grande parte das decisões se referindo ao caráter absoluto dos direitos individuais e os poucos julgados que tangenciaram o tema relacionando-o, na maioria, aos atos emulativos e à necessidade de comprovação de má-fé¹⁰⁹.

¹⁰⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, [1956-]. 2 v. p. 431. Nas suas palavras: “[e]statue o art. 160, I, que não constitue acto ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido. A *contrario sensu*, o praticado em exercício não regular de um direito, é ilícito. Eis ahi a condenação do abuso do direito, como bem notou o deputado Mello Franco”.

¹⁰⁶ Nas palavras de Clovis Bevilaqua, “a consciência publica reprova o exercício do direito do indivíduo, quando contrário ao destino econômico e social do direito, em geral”. Como se percebe, nessa última passagem, já se desenhavam alguns dos pressupostos do abuso, isto é, a violação aos fins econômicos e sociais do direito, que estarão presentes de forma expressa no art. 187 do Código Civil”. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, [1956-]. 2 v. p. 433.

¹⁰⁷ De acordo com Pedro Baptista Martins, trata-se o art. 100 de “modalidade especializada de abuso do direito”. MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com “Considerações Preliminares à Guisa de Atualização” de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 93.

¹⁰⁸ Segundo Inacio de Carvalho Neto, outros dispositivos do Código Civil de 1916 apresentavam hipóteses de abuso do direito restringindo a sua prática, a exemplo dos arts. 526, 584, 585, 587, 1.530, 1.531 CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do Direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 29. Caio Mário da Silva Pereira também pontua o art. 554 do Código Civil de 1916 como encerrando exemplo de abuso do direito, na medida em que condicionava o exercício do direito de propriedade à ausência de prejuízo à segurança, sossego ou saúde dos vizinhos. SILVA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 674.

¹⁰⁹ Sobre o tema, vale conferir criteriosa análise feita por MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com “Considerações Preliminares à Guisa de Atualização” de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 102-110. Serpa Lopes também colaciona alguns julgados proferidos anteriormente ao Código Civil de 2002 em que fica nítida a relevância da comprovação do elemento subjetivo para a comprovação do abuso. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 8. ed. Rio de

Segundo PEDRO BAPTISTA MARTINS, contudo, a teoria da limitação ao abuso do direito possuía fundamento constitucional no diploma de 1937, que, segundo o autor, tratou da relatividade dos direitos individuais em prol da coletividade nos arts. 122 e 123¹¹⁰. Enquanto o primeiro consagra o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, dentre outros, o segundo ressalva que o seu exercício deverá observar "o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição".

O Código de Processo Civil de 1939, a seu turno, trouxe o instituto de forma expressa, apesar de não o definir. O art. 3º do referido diploma assim dispunha: "[r]esponderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro"; e, no parágrafo único: "[o] abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo". Da leitura, depreende-se que havia abuso do direito tanto nas hipóteses do *caput*, basicamente restritas aos atos de emulação, quando naquelas do parágrafo único, no qual a culpa é enfocada no emprego do termo "maliciosamente"¹¹¹.

ALVINO LIMA aponta a previsão do abuso do direito nos arts. 152 e 156 do Anteprojeto de Código das Obrigações brasileiro, de 1941, que teriam se inspirado no § 826 do Código Civil alemão e no art. 2º do Código Civil suíço, acima referidos. Enquanto o art. 152 se referia à hipótese de reparação de danos em razão da violação aos bons

Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1. p. 538-540. Segundo Judith Martins-Costa, "[a] vocação generalizante do art. 160, I do Código de 1916 não fora efetivamente trabalhada, talvez por conta de seus próprios limites estruturais, posto quase como um apêndice da cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana do art. 159 do Código Civil". MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 68.

¹¹⁰ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 116.

¹¹¹ A expressão relativa ao abuso do direito foi repetida no Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/73), em alteração trazida pela lei 8.952/94, no art. 273, II, sobre os pressupostos para a antecipação de tutela: "O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: [...] II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu." (grifo nosso). O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.015/15) trouxe a figura no 311, já associada à tutela de evidência: "[a] tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte" (grifo nosso). Ressalta-se, ainda, o preenchimento abusivo de documento particular, retratado no art. 388 do diploma processual revogado e no art. 428 do Novo Código de Processo Civil.

costumes e às normas de convivência social, o art. 156 tratou do dever de indenizar pelo exercício de um direito para além dos limites do interesse por este protegido ou da boa-fé.¹¹²

O embasamento da teoria do abuso do direito também ganhou força com o advento, em 1942, da Lei de Introdução ao Código Civil, atualmente nomeada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim estabeleceu em seu art. 5º: “[n]a aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Válido mencionar, igualmente, o art. 20 da Lei de Falências (Decreto-lei n. 7.661, de 21 de julho de 1945), de acordo com o qual o pedido abusivo de falência pode levar à indenização, o que encerra um abuso do direito de demandar judicialmente.

Em período menos distante, a expressão foi novamente empregada no art. 28¹¹³ do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), dessa vez no contexto da desconsideração da personalidade jurídica, mas ainda sem desvendar-lhe o significado. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA identifica hipóteses em que a lei acabou por positivar situações de abuso do direito sem a ele referir-se de modo expresse. Exemplificativamente, cita a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/91), cujo art. 62, parágrafo único¹¹⁴, impede a purgação da mora pelo locatário caso este já tenha exercido anteriormente tal direito nos últimos vinte e quatro meses anteriormente à propositura da ação de despejo.¹¹⁵

Finalmente, no Código Civil de 2002, a definição do abuso do direito foi inserida em seu art. 187, muito embora a expressão “abuso do direito” sequer tenha sido mencionada neste dispositivo legal. Confira-se: “[t]ambém 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 artigo do Código Civil de 2002 foi provavelmente influenciado pelo texto do Código Civil Português, que assim

¹¹² LIMA, Alvinio. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 253. Válido também ressaltar a crítica pelo autor com relação à inserção do abuso no capítulo relativo à responsabilidade civil, o que retiraria a autonomia do instituto. Afirma, ainda, que os dispositivos diferem da inspiração alemã por não preverem como requisito a intenção de causar dano.

¹¹³ Art. 28. “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

¹¹⁴ Art. 62, parágrafo único. “Não se admitirá a emenda da mora se o locatário já houver utilizado essa faculdade nos 24 (vinte e quatro) meses imediatamente anteriores à propositura da ação”.

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, jan./mar. 2003. p. 103.

dispõe no seu art. 334: “[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”, que, por sua vez, remontaria ao art. 281, do código grego.¹¹⁶

Segundo ressalta JUDITH MARTINS-COSTA, diversamente do que ocorreu em outros países, no Brasil o abuso do direito surgiu como instituto jurídico principalmente a partir da atividade do legislador e, em menor grau, pelos caminhos da doutrina e da jurisprudência, ainda tímidos com relação à matéria, tratada por poucos e corajosos juristas. A importação do dispositivo da legislação estrangeira teria, assim, conferido ao art. 187 uma "tradição de fragmentações" como "resultado de transferências culturais complexas"¹¹⁷. Isso porque, previamente à positivação do art. 187, o abuso do direito era analisado pela doutrina no Brasil - ainda que de forma assistemática - a partir da recepção da perspectiva francesa. Ocorre que, ao incorporar a definição do Código português, que, por sua vez, extraiu a sua inspiração do diploma civilista grego, acabou por introduzir a concepção germânica do abuso do direito. No entanto, como essa mudança não veio acompanhada do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial correspondente, teria ensejado uma ruptura significativa no estudo da teoria do abuso no direito pátrio.

Outro fator de estranhamento corresponderia à não importação direta da concepção alemã do abuso, mas, sim, através de legislação interposta, isto é, a partir da leitura feita pelo codificador civilista português, que, por sua vez, fora influenciado pelo grego, sendo que este incorporou não o disposto no BGB com relação à vedação da chicana prevista no parágrafo 226, mas, sim, a doutrina germânica desenvolvida posteriormente.¹¹⁸

Apesar de a definição trazida no art. 187 ter alavancado a atividade jurisprudencial com relação ao tema do abuso do direito, JUDITH MARTINS-COSTA aponta que o assunto ainda costuma ser tratado de forma pouco aprofundada e sem que as decisões se valham dos elementos de concretização do abuso previstos no referido dispositivo: a boa-fé, os bons costumes e os fins econômicos e sociais do direito. Segundo

¹¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, jan./mar. 2003. p. 104.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 58.

¹¹⁸ *Ibid.* p. 79.

a análise feita pela autora, grande parte dos julgados que se referem ao abuso acabam por fazer referência genérica ao instituto se utilizando dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.¹¹⁹

Em que pese a jurisprudência vacilante quanto ao tema, permite-se depreender esforços tanto por parte desta, quanto da doutrina, e do próprio legislador brasileiro, em se valer do conceito do abuso para conformar comportamentos que, embora demonstrem aparente acordo com a lei, venham a ser exercidos contrariamente a determinados limites. Indaga-se, contudo, no que consistiriam esses limites e a quais campos do Direito se imporiam, sendo necessário, para tanto, investigar o próprio conceito do abuso. A matéria até aqui percorrida permite enxergar na teoria do abuso do direito um tema riquíssimo, motivo pelo qual o seu estudo demanda maior vagar.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 67.

2 UMA ANÁLISE DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

A expressão abuso do direito, à primeira vista, traz um significado que poderia ser extraído inclusive por um leigo no assunto: trata-se da ideia de se valer de um direito de uma forma que ultrapasse o razoável, o legítimo, o esperado. Assim, ao se indagar a uma pessoa sem formação jurídica o seu entendimento sobre o que seria abusar de um direito, já seria possível obter essa noção superficial de um direito exercido com excesso e, em uma reflexão mais atenta, a ponto de gerar uma situação de ilegalidade¹²⁰.

Embora haja uma noção difundida no inconsciente coletivo do que significaria abusar de um direito sob uma perspectiva elementar, verifica-se enorme dificuldade na esfera acadêmica em relação a sua definição técnica e ao delineamento do seu conteúdo. O retrospecto anteriormente realizado sobre o surgimento e o desenvolvimento da teoria do abuso do direito permitiu registrar uma primeira impressão das diversas faces já assumidas pelo abuso, que, como visto, chegou a ter a sua existência negada por parte da doutrina. As formulações relativas ao abuso poderiam ser assim resumidas:

[O]rientações negativistas, seja pela negação do conceito de direito subjectivo, seja pela recondução do abuso a dados sociológicos ou metajurídicos, seja pela assimilação plena do abuso ao ato ilícito ou seja, finalmente, pela consideração do abuso do direito como mero expediente interpretativo; o abuso do direito como o infligir, a outrem, um dano anormal; o abuso do direito como correctivo de moralidade; o abuso do direito como contrariedade ao espírito ou ao fim do direito subjectivo.¹²¹

De fato, a história do abuso do direito evidencia os seus múltiplos desdobramentos, seja nas mãos do legislador, ao positivá-lo, da doutrina, ao conceituá-lo ou da jurisprudência, ao aplicá-lo. Propõe-se, aqui, desbravar alguns dos caminhos percorridos ante a complexidade da figura a fim de melhor compreender o seu alcance dogmático.

¹²⁰ Nas palavras proferidas por Fernando Augusto Cunha de Sá: "[a]ssim, mesmo dentro de uma interpretação que persiga a chamada "compreensão vulgar", a terminologia abuso do direito é perfeitamente compreensível e aceitável, pois o que fica dito no texto é o que entenderá o leigo, o homem médio ou com uma cultura vulgar, à primeira leitura desta expressão". CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 101.

¹²¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 680, nota de rodapé 94, sintetizando a exposição feita por Cunha de Sá.

2.1 As teorias negativistas do abuso do direito

A teoria do abuso do direito não foi acolhida de forma pacífica pela doutrina. A construção do abuso deparou-se com a oposição de diversos juristas sustentando a sua inutilidade, impossibilidade ou mesmo inexistência. Fala-se, assim, nas teorias negativistas do abuso do direito, pois refutam a própria categoria do abuso. Os maiores expoentes dessa manifestação de pensamento são MARCEL PLANIOL¹²² e LÉON DUGUIT¹²³, sendo o primeiro autor de um estudo que ganhou bastante notoriedade¹²⁴ a partir de sua célebre qualificação da expressão abuso do direito como logomaquia, isto é, uma contradição em seus próprios termos: não seria possível, simultaneamente, exercer um direito e dele abusar. O abuso do direito nada mais seria, portanto, que um embate de palavras incompatíveis, um silogismo despropositado.

Conforme o entendimento exposto por PLANIOL, o uso de um direito seria sempre lícito. Escreve, ainda, que o direito termina onde o abuso começa, não havendo que se dissociar ilicitude e exercício abusivo. Caso se revele ilícita, significa que a atuação é sem direito. Assim elucidada:

Os direitos não são quase nunca absolutos; a maior parte é limitada na sua extensão e submetida por seu exercício a condições diversas. Fora desses limites, ou quando essas condições não são observadas, age-se, na verdade, sem direito. É possível então ter abuso na conduta dos homens, mas não quando exercem seus direitos, e sim quando os ultrapassam; o homem abusa das coisas, ele não abusa dos direitos. No fundo, todos concordam; somente há os que dizem: "Há o uso abusivo de um direito", enquanto outros dizem: "Há um ato realizado sem direito". Defendemos uma ideia justa com uma fórmula falsa.¹²⁵

¹²² Cf. PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926. t. 2.

¹²³ Cf. DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs E. de Boccard, Successeur, 1921. t. 1.

¹²⁴ Cunha de Sá traz extensa bibliografia em sua obra demonstrando a ampla aceitação do pensamento de Planiol, principalmente na doutrina francesa e italiana. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 323-324, nota 376.

¹²⁵ Tradução livre. No original: "*les droits ne sont presque jamais absolus; la plupart sont limités dans leur étendue et soumis pour leur exercice à des conditions diverses. Quand on sort de ces limites ou qu'on n'observe pas ces conditions, on agit en réalité sans droit. Il peu donc y avoir des abus dans la conduite des hommes, mais ce n'est pas quand ils exercent leurs droits, c'est quand ils les dépassent; l'homme abuse des choses, il n'abuse pas des droits. Au fond, tout le monde est d'accord; seulement là où les uns disent: "Il y a usage abusif d'un droit", les autres disent: "Il y a un acte accompli sans droit". On défend une idée juste avec une formule fausse*". PLANIOL, Marcel. *op. cit.*, p. 298-299.

O autor deixa claro que o seu posicionamento avesso ao uso abusivo dos direitos não significa que as condutas reprimidas pela jurisprudência francesa tachadas de abuso do direito não fossem dignas de condenação. A questão colocada pelo civilista francês é que, se o ato é abusivo, o seu autor age sem direito, não havendo que se falar em uma categoria jurídica autônoma além do ato ilícito.

Este pensamento é alvo de críticas na medida em que considera haver apenas duas categorias de atos jurídicos, a de ato lícito e a de ato ilícito, sendo o abuso identificado puramente com este último, reduzido a uma espécie de ilicitude¹²⁶. Segundo observa JORGE AMERICANO, ao qualificar o abuso de ato ilícito, são deixadas de lado aquelas condutas que aparentam ser lícitas, mas que violam o ordenamento, tendo por traço distintivo, justamente, esse "suposto assento em direito"¹²⁷. PLANIOL teria, assim, deixado de considerar que possa existir uma zona intermediária entre uma atuação conforme e outra inteiramente contrária ao Direito, devendo as situações albergadas nesse limbo receber a atenção da ciência jurídica¹²⁸.

Por esse olhar, se alguém simplesmente exercesse o seu direito sem violar qualquer outro, estaria no âmbito de uma atuação lícita, o que não admitiria qualquer sanção. A violação de normas jurídicas, por sua vez, implicaria em simples ato ilícito, advindo daí a consequência legalmente prevista. Contudo, um exame mais atento revela que um comportamento pode não ser lícito e, ainda assim, não se enquadrar no conceito estrito de ilicitude.

Essa visão do exercício de um direito subjetivo apenas como lícito revela uma concepção absoluta deste, na medida em que reserva ao seu titular o seu uso irrestrito conforme o seu arbítrio, negligenciando os demais sujeitos¹²⁹. Acabaria, assim, por deixar

¹²⁶ AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932. p. 6-7.

¹²⁷ Vale notar que, embora o autor entenda não haver logomaquia na locução abuso do direito, afirma, sem maior aprofundamento, que a expressão "*usage abusif*", esta sim, traria uma contradição em seus próprios termos, já que o uso se oporia ao abuso. AMERICANO, Jorge. *op. cit.*, p. 6, nota de rodapé.

¹²⁸ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 331.

¹²⁹ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la Théorie Générale de L'Obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. p. 372. Saleilles, grande expoente da teoria da relatividade dos direitos, também diverge de Planiol, iniciando pela ideia de que não há direitos absolutos, sendo o direito de propriedade, talvez, ainda menos absoluto que os demais.

de lado uma área cinzenta para além do lícito em que tal exercício possa ferir outras realidades conflitantes, de maior relevo social¹³⁰.

Segundo percebido por PEDRO BAPTISTA MARTINS, a noção trazida por PLANIOL, mesmo equivocada em seus fundamentos, acabou contribuindo para a sistematização da teoria do abuso. Isso porque, ao identificar que um agir para além dos direitos representaria um agir sem direito, permitiu a distinção de hipóteses de uso excessivo dos direitos, caso do abuso, da violação dos seus limites formais, em que, de fato, haveria uma atuação sem direito. Nessa linha, a construção de PLANIOL teria se revelado útil para separar o agir sem direito do agir abusivo, dissociando este do ato ilegal.¹³¹

DUGUIT, citando a logomaquia¹³² de PLANIOL, também nega o conceito de abuso do direito, mas desenvolve o seu raciocínio a partir de um posicionamento avesso à própria definição de direito subjetivo, que, segundo o jurista, possuiria um caráter artificial, resultando do simples desenvolvimento da noção de alma¹³³, uma herança da metafísica e da religião. No lugar dos direitos subjetivos, ele reconhece apenas situações jurídicas objetivas e defende que, ao indivíduo, não seriam dados direitos, mas somente deveres.

Segundo o autor, o direito seria sempre objetivo, de modo que o agir lícito corresponderia a uma atuação conforme o direito objetivo. Do mesmo modo, um agir ilícito representaria não uma atuação para além dos limites de um direito subjetivo, mas, sim, uma atuação contrária também ao direito objetivo. No lugar do direito subjetivo, o autor prefere tratar do que denomina situação jurídica ativa, que corresponderia, grosso modo, ao aspecto subjetivo da regra objetiva.¹³⁴

DUGUIT acabou por se dedicar ao estudo do abuso como ferramenta para colocar em evidência a apontada insipiência da noção de direito subjetivo, sendo o abuso exibido como prova irrefutável do fracasso daquele. Sustenta, assim, que a emergência do

¹³⁰ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 324-325.

¹³¹ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guia de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 142-143.

¹³² DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs E. de Boccard, Successeur, 1921. t. 1. p. 173.

¹³³ Nos dizeres de Duguit, "[l]a notion de droit subjectif n'est qu'un développement de la notion d'âme". DUGUIT, Léon. *op. cit.*, p. 178.

¹³⁴ Cf. MARTINS, Pedro Baptista. *op. cit.*, p. 23.

conceito do abuso revelaria a falha do conceito de direito subjetivo, defendendo a supressão deste como solução¹³⁵. Ao negar o direito subjetivo, nega o abuso do direito, pois não se poderia abusar do que não existe.

A oposição ao abuso sustentada por DUGUIT deparou-se com uma primeira crítica bastante evidente: o conceito de direito subjetivo foi amplamente aceito e difundido no Direito Civil diante do sistema liberal capitalista, em que seriam merecedores de tutela os interesses e prerrogativas individuais¹³⁶. Acrescenta-se, ainda, a crítica formulada por CUNHA DE SÁ no sentido de que não teria havido qualquer contribuição do autor francês ao substituir a ideia de obrigação pela de situação jurídica passiva e de direito subjetivo pela de situação jurídica ativa¹³⁷. Esta última, relacionada ao indivíduo, se assemelharia em muito ao conceito de direito subjetivo, cuidando-se apenas de nomenclatura distinta¹³⁸, o que significa que também seria suscetível de abuso.

Ademais, assim como PLANIOL, o autor não previu a possibilidade de uma categoria intermediária entre o lícito e o ilícito, deixando de contemplar que um ato possa estar de acordo com o direito objetivo e, no entanto, ser exercido de modo contrário a este ou seus fins¹³⁹. DUGUIT também teria falhado em afastar a categoria do abuso relativo a outras posições jurídicas para além do direito subjetivo, não havendo demonstrado, assim, a total impossibilidade do abuso em relação a outros tipos de comportamento legalmente admitidos¹⁴⁰.

No âmbito das posições negativistas, recorda-se, por fim, a posição de MARIO ROTONDI, que, apesar de não negar a sua existência, situa a categoria do abuso fora da ciência do Direito. Para ele, o abuso do direito representaria tão somente um fenômeno sociológico, sem lugar próprio no Direito positivado, como decorrência da progressiva

¹³⁵ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs E. de Boccard, Successeur, 1921. t. 1. p. 176 – 177.

¹³⁶ De acordo com Fernando Augusto Cunha de Sá, "[...] o jurista chamado a investigar e a actuar na sociedade burguesa do nosso tempo não pode prescindir das noções de direito subjectivo e de relação jurídica em que repousa a construção do direito civil". CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 300.

¹³⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 301.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 298.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 298.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 298.

reprovação, pela consciência comum, de um ato que é admitido legalmente. Seria, assim, uma categoria metajurídica, que existe de fato, mas não no Direito.¹⁴¹

O seu entendimento é, igualmente, alvo de críticas, uma vez que, embora reconheça que um direito legalmente previsto possa ser exercido de forma contrária à consciência social, limita ao legislador a possibilidade de, editando novas normas, tornar o comportamento reprovável juridicamente proibido. Desse modo, embora reconheça o abuso como um problema social, os seus efeitos se reduziriam ao plano fático, permanecendo alheios ao Direito até que houvesse a sua previsão legal. Segundo CUNHA DE SÁ, tratar-se-ia, assim, de um pensamento estritamente positivista, que deixa à margem a existência de mecanismos, no próprio Direito, para prevenir ou reprimir condutas abusivas, sem que haja a necessidade de legislação específica para tanto.¹⁴²

2.2 EM BUSCA DE UM CRITÉRIO PARA CONCEITUAR O ABUSO DO DIREITO

Superando-se a discussão acerca da possibilidade de se abusar de um direito e reconhecida a sua importância técnica para a ciência jurídica, há de se indagar qual seria a sua definição teórica. Não se trata, porém, de tarefa trivial, porquanto, mesmo reconhecendo a afirmação do instituto, são diversas as teorias empenhadas na tarefa de destrinchá-lo.

Tanto na sua origem como nos dias de hoje, verifica-se o esforço da doutrina em compreender e estruturar cientificamente a figura do abuso do direito, mesmo nos casos em que este é legalmente previsto, como na legislação brasileira ou portuguesa, surgindo, a partir daí, diversos embates entre os estudiosos. De forma mais ampla, as correntes explicativas do abuso costumam ser subdivididas entre subjetivas e objetivas.

As consideradas teorias subjetivas correspondem àquelas que consideram o elemento subjetivo, individual, como essencial para a configuração do abuso do direito. Como já abordado, em um primeiro momento, o conceito de abuso estava associado aos atos emulativos, sendo exigida para a sua configuração a intenção de prejudicar e a

¹⁴¹ ROTONDI, Mario. *L'Abuso di diritto: "aemulatio"*. Padova: Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1979. p. 24. No original: "*abuso di diritto è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica*".

¹⁴² CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 316-317.

ausência ou insignificância de utilidade para o titular do direito. Dialogando com essa concepção, considera-se a vontade de causar um mal a outrem do titular do direito como elemento constitutivo do abuso.¹⁴³

Segundo ORLANDO GOMES, as teorias subjetivas podem adotar dois critérios diversos: o critério intencional e o técnico. O primeiro exigiria o efetivo ânimo de prejudicar; o segundo, por sua vez, demandaria a constatação de culpa por parte do agente que provocou prejuízo a outrem.¹⁴⁴ As teorias assim concebidas acabariam deixando de lado determinadas condutas em que não restasse verificada a intenção de causar dano, independentemente da extensão das injúrias causadas à esfera jurídica de terceiros. A partir dessa constatação, observa DANIEL M. BOULOS:

Não há, propriamente, qualquer equívoco nas ideias defendidas pela corrente subjetiva. A questão que se coloca é se ela é suficiente a reprimir, de forma eficaz e socialmente desejável, o exercício maléfico de um direito, ou, colocado de outra forma, se a sua essência deve ser o único critério a aferir a ilicitude do exercício de um direito. Como será demonstrado, a resposta a esta questão parece ser negativa, até mesmo porque, se adotada com exclusividade pela lei, diante da dificuldade de prova da intenção do titular de determinado direito ou mesmo da ocorrência de culpa no exercício do respectivo direito, a lei seria “letra morta” em razão da dificuldade de aplicação aos casos concretos ocorrentes na sociedade.¹⁴⁵

¹⁴³ Clovis Bevilacqua parece pertencer a essa parcela da doutrina quando, prefaciando a obra de Jorge Americano, define o abuso como uma deformação intencional do direito. AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932. p. v. Também Ripert, mesmo relegando o abuso do direito ao campo da moral, demonstra aderir à importância do elemento intencional: “[e]sta busca da intenção oferece dificuldades insuperáveis? Não é mais arbitrária que a análise da fraude ou da boa fé. É uma quimera querer criar um direito civil puramente objetivo e julgar os fatos sem se ocupar das intenções”. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 172. Referindo-se ao Código Civil de 1916, Carvalho Santos discorre: “como se deduz da própria referência ao assunto, feita pelo Código englobadamente com o ato ilícito, não se pode deixar de concluir que o abuso de direito pode resultar, não somente de má-fé, mas também da culpa, quer seja sob a forma de imprudência, quer sob a negligência, nos precisos termos do art. 159”. Acompanha, ainda, a doutrina de Josserand exigindo que o exercício de um direito seja fundamentado em motivos legítimos, de modo que a ausência de motivos também levaria ao abuso do direito. CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*: principalmente do ponto de vista prático, parte geral (arts. 114-179). 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v. 3. p. 350, 352-353. Pontes de Miranda, apesar de entender que o art. 160, I, do Código Civil de 1916 não o teria adotado, defende que o melhor seria o critério subjetivo, que “veria no fim, na vontade, na intenção nocente, o que constitui e denuncia o abuso do direito”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado*: parte especial (Atual. por Rui Stoco). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 111. Válido, por fim, notar a relevância atribuída ao elemento subjetivo por Caio Mário da Silva Pereira, ao dispor que a teoria do abuso do direito possuiria um fundamento ético consistente na impossibilidade de a lei amparar conduta voltada exclusivamente para causar dano a outrem. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 673.

¹⁴⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 101.

¹⁴⁵ BOULOS, Daniel. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 40.

As teorias objetivas, por sua vez, desconsideram a vontade do agente na caracterização do exercício abusivo. Aqui, leva-se em consideração, fundamentalmente, o excesso para além de determinados limites ou o exercício em desacordo com a finalidade ou função do direito (critério teleológico), independentemente dos motivos que levaram o sujeito a agir de tal forma.¹⁴⁶

Essa divisão está prevista na obra de JORGE AMERICANO com características próprias. Para o autor, as teorias subjetivas são aquelas de acordo com as quais o ato abusivo deve ter como único objetivo a intenção de causar dano, não podendo apresentar vantagem ao titular. A sua divisão não considera como subjetivas, portanto, as teorias que, embora confirmem importância à intenção do agente, consideram outros elementos para a configuração do ato abusivo.¹⁴⁷ Segundo doutrina mais recente, este posicionamento seria, no entanto, característico de uma terceira categoria, a das teorias mistas ou ecléticas, que reuniriam tanto critérios de ordem psicológica como finalista ou funcional.¹⁴⁸

Para além dessa celeuma envolvendo teorias objetivas, subjetivas ou mistas, o conceito de abuso do direito também varia conforme o ponto de partida eleito para a sua definição. CUNHA DE SÁ desenvolve extensa análise sobre a diversidade das teorias desenvolvidas sobre o abuso do direito a partir da multiplicidade de critérios escolhidos¹⁴⁹, alguns dos quais são destacados logo abaixo.

2.2.1. O critério da anormalidade do dano

Dentre as teorias que admitem o abuso do direito, oportuno destacar aquela que caracteriza como tal o exercício que causa um dano desproporcional a outrem. O abuso somente ocorreria quando o resultado se revelasse diverso do esperado, isto é, como

¹⁴⁶ Segundo Orlando Gomes, o Código Civil alemão teria adotado inclinação subjetivista no art. 226, ao passo que o Código Civil suíço teria se orientado pelo critério objetivo, sendo a concepção objetiva ainda mais evidente no Código Civil soviético e no grego. GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 101.

¹⁴⁷ Note-se que, com esse pensar, Jorge Americano insere Josserand na categoria das teorias objetivas. AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932. p. 24-25.

¹⁴⁸ CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do Direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 61. Sobre as teorias mistas, confira-se, ainda, análise feita por: BOULOS, Daniel. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 40; RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 169.

¹⁴⁹ A esse respeito, vale conferir a análise que se desenvolve na parte II de sua obra, relativa à "Construção Científica do Abuso do Direito", em que é realizado um retrospecto das principais teorias afirmativas. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 349-454.

desdobramento anormal do exercício daquele direito¹⁵⁰. A adoção desse critério parte da ideia de que é decorrência natural do exercício de direitos, principalmente no direito de propriedade e de vizinhança, a produção de certos incômodos na esfera jurídica alheia, os quais, em regra, devem ser suportados, enquanto constituírem desdobramentos razoáveis; tornando-se estes, contudo, desmesurados, passaria a haver o abuso.

Essa concepção considera o prejuízo como elemento essencial para a configuração do abuso, sendo exigido, além de um resultado danoso, que este seja significativo. Em que pese haver o reconhecimento da autonomia do abuso, a perspectiva assumida acaba sendo alvo de críticas, principalmente pela relevância atribuída ao prejuízo.

Para CUNHA DE SÁ, a teoria da anormalidade do dano estaria equivocada ao colocar ênfase na verificação do prejuízo, distanciando-se do seu exercício. Com esse pensar, o prejuízo causado deveria ser analisado como consequência do exercício abusivo e não como principal fundamento. Nesse prisma, o autor recorda que a ilicitude de um ato não deve ser aferida unicamente em razão do prejuízo causado, haja vista os atos lícitos que podem causar dano e gerar o dever de reparação, a exemplo da servidão de passagem, assim como há atos que não geram prejuízo e, nem por isso, podem ser considerados lícitos. Da mesma forma, não se deveria confundir o abuso com o dano anormal causado em razão do exercício abusivo. Nessa perspectiva, sustenta que a análise do abuso deveria se voltar para o ato causador do dano.¹⁵¹

JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU parece adotar em parte esse critério ao afirmar que "[h]á abuso de direito quando um comportamento, aparentando ser exercício de um direito, se traduz na não realização dos interesses pessoais de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem"¹⁵².

Na definição acima, para que uma conduta possa configurar abuso do direito, são necessários, basicamente, quatro requisitos. Em primeiro lugar, deve haver um

¹⁵⁰ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 349. A associação entre o abuso e o dano anormal é atribuída a Charmont, Bonnacase, Lalou, Carbonnier e Savatier, sendo este último o que melhor estruturou essa relação, na opinião de Cunha de Sá. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 352.

¹⁵¹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 356.

¹⁵² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 43.

determinado comportamento, podendo este, segundo esclarecido pelo próprio autor, corresponder tanto a uma ação como a uma omissão. Em segundo lugar, este comportamento deve ter a aparência de conformidade com a norma jurídica. Como terceiro e quarto elementos, faz-se necessário que esse exercício aparente de um direito não se destine a realizar interesses pessoais do próprio titular e, simultaneamente, provoque uma interferência na esfera jurídica alheia. Sob esse olhar, o simples exercício de um direito em desconformidade com os interesses de quem o exerce não é suficiente para caracterizar o abuso, sendo imprescindível que os interesses de um terceiro sejam afetados e, ainda assim, de forma não insignificante. Do contrário, a conduta seria juridicamente irrelevante¹⁵³.

2.2.2 O critério da correção de moralidade ou carência de legitimidade ética

Sob outra perspectiva, determinadas teorias reconhecem o abuso do direito como fortemente atrelado a preceitos morais e éticos. São construções que partem de uma visão do direito positivo como hierarquicamente inferior à moral, à qual estaria subordinado. Dentre os que pensaram o abuso à luz da moralidade, destacam-se GEORGES RIPERT e JEAN DABIN¹⁵⁴.

RIPERT argumenta que "a teoria do abuso do direito é toda inspirada pela ideia moral e não penetra no domínio jurídico senão duma maneira limitada"¹⁵⁵. Além disso, condena a teoria da relatividade dos direitos sob o argumento de que "ela tende a destruir a ideia de direito subjetivo e esta ideia, longe de ser antissocial, é indispensável à

¹⁵³ Jorge Manuel Coutinho de Abreu ainda apresenta outros três subcritérios para caracterizar o abuso do direito. Em primeiro lugar, sempre haverá abuso quando se estiver diante de atos emulativos. Assim, a atuação de um direito intencionalmente voltada para causar um mal a terceira pessoa sem proporcionar em troca qualquer benefício próprio acarretaria, inevitavelmente, em abuso do direito. Também haveria abuso nos casos de o exercício significar determinado benefício ao seu titular, mas, em contrapartida, prejuízo a terceiro, e, por fim, nos casos em que, sem qualquer utilidade para o seu titular, ainda que em abstrato, seja afetada de forma negativa a esfera jurídica de terceiro. São indicados três exemplos para ilustrar, respectivamente, essas situações: a construção de um muro exclusivamente com a intenção de causar sombra no prédio vizinho; a construção de um muro desnecessariamente alto que acabe por provocar sombra no edifício contíguo ou a construção de um muro em um prédio rústico sem uso que choque com o estilo do prédio vizinho, um monumento nacional. Nessas últimas duas hipóteses, não se exige dolo ou a intenção de prejudicar. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 43-45.

¹⁵⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 361.

¹⁵⁵ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937. p. 163.

manutenção da civilização ameaçada pelo estatismo e pelo comunismo. O absolutismo do direito individual não tem nada, em si, de condenável"¹⁵⁶.

Na sua concepção, o exercício de direitos deve ser pautado pela moralidade, significando que a atuação imoral do direito deve ser condenada. Para o autor, determinada conduta será imoral quando movida pela intenção de causar um prejuízo a outrem, justificando-se o abuso nesse mesmo requisito, isto é, que o exercício de um direito seja movido pelo exclusivo propósito de prejudicar terceiro, não necessariamente em benefício individual¹⁵⁷. Sustenta, contudo, que, como não seria possível investigar os desígnios da alma do agente, a presença do intento de prejudicar na conduta seria aferida pela utilidade (ou não) do seu resultado¹⁵⁸. Se o resultado não trouxer qualquer benefício para quem atuou no exercício de um direito, significaria que este se deu de forma abusiva.

Além de apontar imoralidade no específico objetivo de causar dano, reconhece que esta também se daria no exercício de condutas de forma incompatível com o fim social ou o fim para o qual foi conferido ao titular, mas sustenta que, nesse caso, a violação não deveria ser reprimida juridicamente, permanecendo adstrita ao plano da moral, tendo em vista o anunciado perigo de controle judicial da ação humana. RIPERT defende, assim, que os fins dos direitos deveriam ser previstos em lei para que sejam observados de modo a combater a arbitrariedade judicial na limitação do exercício dos direitos subjetivos. Do contrário, os direitos subjetivos estariam ameaçados na sua função de atender à liberdade e às necessidades de quem os exerce, preservando a civilização das ameaças estatizantes e controladoras próprias do que considera uma forma de atuação de regimes considerados comunistas.¹⁵⁹

Essa desconfiança de RIPERT em relação à atuação do órgão julgador na aplicação do abuso não é bem recebida por autores como CUNHA DE SÁ, para quem não se deveria engessar a atividade judicial sob pena de se pecar pelo formalismo excessivo de uma “magistratura burocratizada e burocratizante, que realize e imponha o 'direito'

¹⁵⁶ O autor prossegue afirmando que "[d]esde que se tira à teoria do abuso dos direitos o seu fundamento moral cai-se nas mais perigosas fantasias da opressão social". RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 189.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 364.

¹⁵⁸ Conforme salienta Cunha de Sá, essa utilidade seria apenas a individual, no sentido dos proveitos do direito para o seu titular. O autor se opõe à utilidade social do direito subjetivo, que teria por fim satisfazer a necessidade do sujeito, ainda que a sociedade sofra as consequências. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 368.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 368.

segundo os ditames da lei escrita". Outra crítica lançada por CUNHA DE SÁ diz respeito ao fato de o jurista francês não explicar por que somente esse aspecto da moral - a intenção de prejudicar - é recepcionada e condenada pelo Direito quando se poderiam considerar outras conformações relativas ao prejuízo moral. Além disso, também se revelaria contraditória a concepção segundo a qual a moral está acima do Direito quando é exigida a expressa positividade dos preceitos morais para que lhe sirvam de limites.¹⁶⁰ Nessa toada, não seria razoável, sob a premissa de se evitar a arbitrariedade do julgador, admitir o despotismo do titular do direito que o exerça em clara afronta à moralidade e, no entanto, ter esse agir autorizado na ausência de dispositivos que expressamente o conformem.

Embora DABIN introduza a problemática de forma distinta, teria chegado à mesma conclusão de RIPERT¹⁶¹. DABIN considera que a maior parte dos direitos subjetivos é conferida ao sujeito como ferramenta para a concretização de suas necessidades e interesses, ou seja, para o bem do próprio titular do direito. Esta afirmação diria respeito aos direitos da personalidade, direitos reais e direitos de crédito, denominados pelo autor de direitos com finalidade egoísta.

Haveria, ainda, outra categoria de direitos, a dos direitos de fim altruísta, conferidos não para atender aos interesses de seu titular, mas, de outrem. Nesse grupo estariam os direitos atribuídos em razão de determinada competência ou função com a finalidade de que estas sejam adequadamente desempenhadas¹⁶². Partindo dessas premissas, DABIN considera que haverá ilegalidade, neste último caso, quando o exercício se der em desacordo com a função do direito em questão, visto que estaria comprometida a natureza específica desse direito. Esta violação constituiria uma ilegalidade para além de aspectos morais ou sociais, mas que iria de encontro ao próprio direito positivo. O exercício contrário à função corresponderia ao mau uso do direito, o que, segundo o autor, estaria à margem do direito. Não haveria, portanto, abuso do direito nesse caso, sendo o

¹⁶⁰ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 367.

¹⁶¹ Para a realização de seu estudo sobre Dabin, Cunha de Sá considera as seguintes obras: *L'abus du droit et la responsabilité dans l'exercice des droits*, p. 307 e ss.; *El derecho subjetivo*, p. 271 e ss., especialmente p. 334 e ss.; *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, nos "Archives de philosophie du droit", tomo IX (1961), p. 17 e ss. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 367.

¹⁶² DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. trad. espanhola de F. Xavier Osset, Madrid, 1955. p. 275. *Apud* CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 381-382.

comportamento contrário ao proveito específico do direito-função equivalente a uma afronta direta à lei.¹⁶³

No que diz respeito aos direitos com finalidade egoísta, estes seriam legais, como regra, na medida em que respeitados os limites estabelecidos em lei, já que a sua natureza individualista visa, justamente, à satisfação do interesse do seu titular. Reconhece, no entanto, a possibilidade de uma legitimidade jurídica no seu exercício se contrapor a uma ilegitimidade moral, o que configuraria situação de abuso.

Assim, estará configurado o abuso diante de conduta desprovida de legitimidade moral, ainda que, no plano legal, a mesma conduta possa ser considerada legítima. Sob esse prisma, ante o exercício do direito de forma incompatível com a moral, desempenha a figura do abuso do direito, como ressalta CUNHA DE SÁ, o papel de correção (externa) da legalidade. A configuração do abuso exigiria, assim, além de um dano a terceiro, que o exercício ocorresse de forma incompatível com "deveres morais de justiça, de equidade e de humanidade, que existem não obstante e por cima da legalidade". A solução não ficaria a cargo do legislador, mas do juiz e do titular do direito, valendo-se o recurso à equidade para a aplicação da lei diante do caso concreto.¹⁶⁴

A primeira crítica dirigida à DABIN se assemelha àquela infligida a RIPERT: não existiria explicação de por que apenas este aspecto da moral seria recebido pelo Direito; afinal, não estão abrangidos na concepção de ambos todos os deveres morais do homem, restando excluída, por exemplo, a sua obrigação não só de não fazer o mal a quem quer que seja, mas também de fazer o bem¹⁶⁵. Ademais, não se justificaria a exclusão deste corretivo de legalidade dos direitos-função. Isso porque, estes, assim como os direitos de espírito egoísta, na visão de DABIN, também constituiriam direitos subjetivos e, do mesmo modo, estariam permeados de determinada margem de liberdade para, no caso daqueles, nortear o adequado desempenho da função.

Tendo em vista a liberdade comum às duas categorias, também se faria necessário o mesmo critério limitador ou de correção de moralidade que demanda a legalidade. Não haveria, portanto, que se diferenciar o desvio de poder relativo ao mau uso

¹⁶³ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. trad. espanhola de F. Xavier Osset, Madrid, 1955. p. 336. *Apud* CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 384-385.

¹⁶⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 387.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 388-389.

do direito-função, do abuso do direito relativo ao mau uso do direito de finalidade egoísta, resultando estas duas construções, fundamentalmente, no mesmo fenômeno.¹⁶⁶

Relevante notar que, apesar de estas teorias conceituarem o Direito e a moral como estruturas independentes, atribuem efeitos jurídicos à moral. CUNHA DE SÁ salienta a impropriedade dessa separação para a sistematização da teoria jurídica do abuso, já que a reduziria a um positivismo frio, inteiramente distanciado de valores éticos, sociais, econômicos e culturais.¹⁶⁷ Importante observar, portanto, a correlação entre a norma e os valores da sociedade para a construção de uma teoria viva do abuso do direito.

2.2.3 O critério da contrariedade ao elemento valorativo do direito subjetivo

Relevante salientar, a esta altura, a fortalecida preocupação científica em conceituar juridicamente o abuso do direito, sendo superadas tanto as concepções que o negam como aquelas que lhe atribuem caráter metajurídico ou puramente sociológico, estranho ao Direito e, ainda, as que confundem o exercício abusivo com a anormalidade do seu resultado¹⁶⁸. Nesse sentido, a investigação do abuso se daria no âmbito do próprio direito subjetivo tendo como referência um elemento valorativo desse mesmo direito. Parte-se, desse modo, da ideia de que o direito possui uma valoração intrínseca para o qual foi previsto e que, se violada, configurará situação de abuso. As teorias variam conforme a escolha do elemento interno do direito subjetivo.

PORCHEROT, apontado como primeiro expoente dessa posição, define o abuso do direito como categoria diversa do excesso ou da falta de direito, residindo o abuso na ideia de que o fim visado no exercício de um direito seja diverso daquele previsto pelo legislador ao concebê-lo. O Direito seria, assim, sempre exercido dentro dos limites da norma, mas estaria presente ou a intenção de prejudicar ou a ausência de interesse legítimo ou mesmo um desvio da função social ou econômica daquele direito.¹⁶⁹ Também nessa linha, GENY parte do pressuposto de que o Direito positivado não bastaria para a solução de todos os problemas colocados, vindo a concluir que a teoria do abuso do direito deve

¹⁶⁶ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. trad. espanhola de F. Xavier Osset, Madrid, 1955. p. 336. *Apud* CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 390.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 397-398.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 309-403.

¹⁶⁹ PORCHEROT, Ernest. *De l'abus de droit*, Thèse Dijon, 1901-1902, p. 215, 106 e 186. *Apud* CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 403-404.

recorrer à estrutura dos direitos individuais, mais especificamente, à finalidade econômica e social destes.¹⁷⁰

O maior expoente da ideia de abuso como exercício contrário à finalidade do direito foi JOSSERAND, que desenvolveu de forma aprofundada essa concepção na conhecida obra *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. O autor sistematizou, com maestria, diversos julgados, na sua maioria das cortes francesas, em que houve o reconhecimento do abuso do direito em campos distintos, dentre os quais o direito de propriedade, seguros, poder familiar e contratos. Buscou, através desse método, demonstrar que a relatividade dos direitos e o próprio conceito de abuso daí decorrente vinham sendo reconhecidos tanto pela jurisprudência como em algumas disposições legislativas nos mais diversos campos do sistema jurídico francês.¹⁷¹

De acordo com JOSSERAND, todo direito possui um espírito, isto é, uma função específica para o qual foi criado, devendo o seu uso ser com ela compatível. O espírito peculiar que toca a cada direito permitiria depreender a sua relatividade e desembocar na conclusão de que o exercício em desacordo com esta finalidade se enquadraria na figura do abuso do direito.¹⁷²

A se ter em vista o espírito próprio de cada direito, seria possível enquadrá-lo em uma dessas três categorias: a dos direitos não causados, a dos direitos de espírito egoísta e a dos direitos de espírito altruísta¹⁷³. Os primeiros estariam sujeitos tão somente ao arbítrio do seu titular, sem qualquer controle da motivação do ato, ainda que esta seja

¹⁷⁰ GENY, F. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. Paris, 1919. II. p. 171 e ss. *Apud* DABIN, Jean. *op. cit.*, p. 404.

¹⁷¹ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 13-14. Cf., ainda, JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 4.

¹⁷² No original: "[l]e lien est donc étroit, indissoluble entre les deux concepts de l'esprit des droits et de l'abus, celui-ci servant de sanction à celui-là: c'est parce que nos droits sont doués d'un certain esprit, d'une certaine finalité, qu'ils sont relatifs et que leur usage peut donc devenir abusif: esprit des droits, relativité des droits, abus des droits, autant de notions connexes et inséparables, autant de faces, de manifestations d'une même vérité, le caractère social des prérogatives juridiques". JOSSERAND, Louis. *op. cit.*, p. 415. Em tradução livre: o liame é, portanto, estreito, indissolúvel entre os dois conceitos, do espírito dos direitos e do abuso, este servindo de sanção àquele: é porque nossos direitos são dotados de um certo espírito, de uma certa finalidade, que eles são relativos e que seu uso pode então se tornar abusivo: espírito dos direitos, relatividade dos direitos, abuso dos direitos, tantas noções conexas e inseparáveis, tantas faces, de manifestações de uma mesma verdade, o caráter social das prerrogativas jurídicas.

¹⁷³ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 415.

moralmente reprovável¹⁷⁴. Os segundos seriam voltados para atender às necessidades individuais de quem o exerce, sendo criados no interesse deste¹⁷⁵. Os últimos, por sua vez, teriam sido instituídos em benefício de terceiros, ou seja, para a proteção de interesses externos ao do seu titular.¹⁷⁶ JOSSERAND assinala que tanto nos direitos de espírito egoísta quanto nos direitos de espírito altruísta, haveria a necessidade de observância da sua finalidade específica - que pode ser social, econômica ou até egoísta - por ocasião do exercício, sob pena de configurar abuso do direito.

Em outra passagem, o jurista trata do que denomina motivo legítimo, considerado determinante para se apreciar o enquadramento da conduta como abuso, que pode corresponder à intenção do sujeito que exerce o direito, à sua destinação social ou às circunstâncias técnicas em que o direito é exercido. O motivo legítimo varia não apenas conforme o direito, sendo também mutável em razão do tempo e do espaço em que é exercido, moldando-se aos valores sociais dominantes, de modo que, a depender desses elementos, pode ou não configurar abuso.¹⁷⁷ Essa visão líquida da figura admitiria, segundo CUNHA DE SÁ, a judicialização do conceito do abuso e a interpenetração entre direito e moral.¹⁷⁸

Mesmo consagrada e amplamente reproduzida, a doutrina de JOSSERAND sobre a teoria do abuso do direito também não é isenta de críticas. Se, por um lado, o jurista francês reconhece a relatividade dos direitos subjetivos e estabelece um critério *a priori* objetivo - o seu espírito, fim ou função - para se aferir o comportamento abusivo - acaba por concebê-lo a partir da motivação que o ensejou, se legítima ou não. Ou seja, rende-se, ao final, ao critério subjetivo como relevante na configuração do abuso¹⁷⁹.

Além disso, embora haja se manifestado contrariamente a PLANIOL em razão de ele não ter concebido uma zona intermediária na dualidade atos lícitos e atos ilícitos, na qual estaria o ato abusivo, reconhece, por fim, que, na maior parte das vezes, este nada

¹⁷⁴ Para ilustrar, cita o direito dos pais de se oporem ao casamento dos filhos e o direito do proprietário de cortar galhos ou raízes de árvores do vizinho que invadirem o seu terreno, tidos como absolutos. JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 416-418.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 418-420.

¹⁷⁶ Aqui estão compreendidos, segundo o autor, o pátrio poder e a autoridade marital. JOSSERAND, Louis. *op. cit.*, p. 420-421.

¹⁷⁷ JOSSERAND, Louis. *op. cit.*, p. 400-401.

¹⁷⁸ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 413.

¹⁷⁹ JOSSERAND, Louis. *op. cit.*, p. 415.

mais representaria que uma falta, um delito, enquadrando-se, assim, na categoria dos atos ilícitos¹⁸⁰. Outra crítica dirigida à sua obra corresponde ao fato de o autor não abandonar por completo o caráter metajurídico do ato abusivo, na medida em que define o espírito inerente a cada direito como finalidade social deste, o que corresponderia a uma categoria supralegal, que lhe é externa¹⁸¹.

Já JOSÉ LUIZ LEVY discorda de CUNHA DE SÁ com relação às críticas formuladas por este no sentido de que o finalismo de JOSSERAND teria cunho sociológico ou metajurídico e, no contexto do Direito pátrio, tece comentários elogiosos à obra deste. Sustenta que o trabalho desenvolvido pelo autor francês organizou de forma bastante eficiente a jurisprudência produzida naquele contexto histórico e edificou uma doutrina que coaduna "com a teoria principialista dos direitos subjetivos e o normativismo concreto de Miguel Reale", além de reconhecer "que os elementos finalísticos e valorativos integram inequivocamente o sistema normativo, não sendo exteriores ou alheios a esse sistema".¹⁸²

De toda forma, a obra de JOSSERAND exerceu grande influência ao reconhecer a existência de limites objetivos ao exercício dos direitos subjetivos, inspirando direcionamentos diversos a partir de sua obra. Um dos doutrinadores que partiu de sua concepção para desenvolver o próprio conceito de abuso foi CUNHA DE SÁ, para quem o abuso do direito estaria configurado com a violação do elemento axiológico-jurídico imanente ao direito subjetivo. Segundo a sua visão, também haveria que se falar em um elemento valorativo intrínseco ao direito subjetivo, mas que, diversamente do que concebeu JOSSERAND, não se trataria de um conceito metajurídico, mas que poderia ser extraído do próprio direito subjetivo. Tratar-se-ia de um fundamento de caráter objetivo que estabeleceria os limites materiais do direito, sendo estes tão relevantes quanto os limites postos pela sua definição formal. O autor refuta, assim, a noção abstrata dos

¹⁸⁰ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926. t. 2. p. 334 e 336.

¹⁸¹ Nas palavras de Cunha de Sá: "O elemento axiológico-normativo do direito subjectivo, em contradição ao qual o abuso do direito se revelaria, permanece, pois, essencialmente exterior e transcendente ao direito exercido quando é feito coincidir com o *fin* social desse mesmo direito, quando tal direito é mero *instrumento* posto ao serviço das finalidades que a comunidade reconhece e pretende atingir" CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 419, grifo do autor.

¹⁸² LEVY, José Luiz. *A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 284.

direitos subjetivos que lhes confere caráter absoluto, defendendo a sua limitação para além da estrutura formal definidora da norma:

Ora, o abuso do direito é, precisamente, o fenómeno revelador de que direito subjectivo não pode ser abstractamente encarado com meros termos conceitualistas, que o mesmo é dizer formalistas, pois que em certa e determinada situação, experimentalmente concreta, podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado direito subjectivo e, simultâneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjectivo. Neste encobrir, consciente ou inconscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito é que reside o cerne, a essência do abuso do direito.¹⁸³

Nesse prisma, haveria uma atuação fora do direito não apenas quando ultrapassados os seus limites formais, mas, igualmente, quando desrespeitados os seus limites materiais, sendo estes últimos dados, justamente, pelo fundamento axiológico que lhe é imanente. Isso significa que um agir conforme o direito sob o ponto de vista formal, mas contrariamente ao seu fundamento axiológico-jurídico equivaleria a uma aparência de direito, configurando-se, na realidade, o seu exercício abusivo.¹⁸⁴

2.2.4 O critério da disfuncionalidade perante o sistema jurídico e o exercício inadmissível de posições jurídicas

Como observa MENEZES CORDEIRO, a teoria do abuso do direito tem sido fundamentada "na necessidade de respeitar os direitos alheios, na violação, pelo titular exercente, de normas éticas, na ocorrência, por parte do mesmo titular, de falta e na não consideração do fim preconizado pela lei, aquando da concessão do direito"¹⁸⁵.

De acordo com o jurista português, as teorias sobre o abuso do direito poderiam ser divididas entre internas e externas. As teorias internas identificam determinados limites imanentes aos direitos, isto é, que poderiam ser extraídos deles próprios a partir do caso concreto. Já as teorias externas, apesar de também reconhecerem

¹⁸³ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 456

¹⁸⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 455.

¹⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 681.

limites ao exercício de direitos, dispõem que tais balizas são dadas não pelo próprio direito, mas por outras normas.¹⁸⁶

Segundo MENEZES CORDEIRO, ao sistematizar a jurisprudência francesa da época com relação ao abuso, JOSSERAND acabou por dar corpo às teorias definidas como internas¹⁸⁷, na medida em que, partindo da concepção da relatividade dos direitos, concluiu que estes encerram determinados limites¹⁸⁸. Contudo, tais balizas não poderiam ser definidas em abstrato, mas somente diante do caso concreto, com a projeção neste das normas definidoras de direito¹⁸⁹. O autor critica as teorias que sustentam possa ser o abuso aferido a partir de um agir para além de um conteúdo que já poderia ser extraído do próprio direito, pois isso acabaria por torná-lo um simples mecanismo de interpretação, a ponto de comprometer a própria autonomia do instituto¹⁹⁰.

Na visão de MENEZES CORDEIRO, a proposta das teorias internas de se extrair do conteúdo do direito os seus limites somente a partir da realidade posta equivaleria a simplesmente conferir uma definição formal ao abuso sem resolver o problema, já que não forneceria qualquer critério material para a sua aplicação¹⁹¹. Partindo dessa premissa, defende que a variedade de limites que se apresentaria à sorte de cada caso concreto produziria uma discrepância entre a noção em abstrato globalmente admitida do abuso e a multiplicidade de aplicações práticas do mesmo conceito. O olhar das teorias internas, acabaria, assim, por enfraquecer o abuso, atribuindo-lhe um caráter meramente interpretativo. Assim resume¹⁹²:

¹⁸⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 861-862.

¹⁸⁷ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 863.

¹⁸⁸ Vale, aqui, reproduzir trecho citado pelo autor: “reconhecimento de limites imanentes das normas e dos direitos subjectivos: todas as normas e com isso também cada direito subjectivo e cada posição jurídica trazem em si, através da boa fé e dos bons costumes, i. é, através da ideia moral de Direito, da função e da situação dos interesses, determinados limites de validade”. MENEZES CORDEIRO, António. *op.cit.*, p. 865.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 863.

¹⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *op. cit.*, p. 863-864.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 865-866.

¹⁹² Menezes Cordeiro reconhece avanços no conceito de Cunha Sá sobre o abuso do direito, que, em termos gerais, passa por uma definição do abuso como adequação formal do comportamento à estrutura definidora do direito, sendo o exercício, contudo, contrário ao fundamento axiológico que lhe é inerente. Ainda assim, o autor tece críticas a este conceito, na medida em que a “intenção axiológico-normativa” imanente a cada direito somente poderia ser extraída do caso concreto, ou seja, novamente, a partir da interpretação. MENEZES CORDEIRO, António. *op. cit.*, p. 866-868. Segundo ressalta Menezes Cordeiro: “No fundo, não se pretende solucionar, em concreto, o abuso mas, tão só, indicar-lhe uma geometria teórica. É o axiologismo formal”. MENEZES CORDEIRO, António. *op. cit.*, p. 870.

As teorias ditas internas, que pretendem dobrar a estrutura formal dos direitos subjectivos com projecções determinadas em termos tais que, violadas estas e respeitada aquela, dariam a natureza do abuso, são de rejeitar. Elas estendem-se desde a ideia de abuso em sentido próprio, no início, até ao axiologismo formal, passando pela funcionalização dos direitos e pela sua consideração teleológica. Todas estas modalidades têm em comum um desenvolvimento teórico central, operado a partir da ideia de abuso, por forma a alcançar, na prática, um problema de interpretação das normas que instituem o direito subjectivo de cujo abuso se discuta.¹⁹³

Nessa perspectiva, as teorias internas errariam por partir de um único elemento concreto, o direito subjectivo, falhando em possibilitar uma determinação *a priori* das balizas para a configuração do exercício abusivo, dependendo a sua aferição do caso concreto. A simples referência a princípios ou cláusulas gerais, sem a efetiva materialização destes e do abuso, conduziria a um formalismo inútil e à negação deste¹⁹⁴.

As teorias externas, para o autor, ficariam ainda mais distantes do adequado conceito de abuso. Em primeiro lugar porque, ao apontarem os limites dos direitos para preceitos exteriores, entendendo que os comportamentos violadores destes constituiriam abuso do direito, acabariam se assemelhando às teorias negativistas do abuso¹⁹⁵ e à ideia defendida por PLANIOL de que o direito cessa onde o abuso começa¹⁹⁶.

Em segundo lugar porque, em se tratando de abuso, as disposições limitativas, sejam elas cláusulas gerais ou princípios, não corresponderiam a simples limitações genéricas, mas seriam, de fato, aferidas internamente, no âmbito da situação concreta posta, de modo que as teorias externas resultariam, em verdade, em uma "impossibilidade técnica"¹⁹⁷. Além disso, ao tornar o abuso simples limitação dos direitos subjectivos, terminariam por subtrair-lhe a sua autonomia dogmática¹⁹⁸.

Após se deter nas críticas acima, o autor desenvolve o que, segundo ele, seria o verdadeiro fundamento do abuso do direito: a integração do sistema. Partindo da descrição do sistema jurídico como um conjunto de normas e princípios selecionados e estruturados de acordo com determinadas visões de mundo, leciona que o conjunto resulta da escolha de

¹⁹³ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 873.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 879.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 874.

¹⁹⁶ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926. t. 2. p. 875.

¹⁹⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *op. cit.*, p. 876.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 866.

determinadas ações permitidas ou impostas consideradas juridicamente relevantes para esse sistema.

O desrespeito a essas escolhas ensejaria uma violação ao sistema, produzindo, assim, uma disfunção. Haveria, ainda, uma terceira espécie, relativa a um conjunto de comportamentos que, por não terem sido considerados juridicamente relevantes pela cultura prevalente, não foram regulados: correspondem, assim, a uma não-funcionalidade.

Uma ação jurídica seria funcional na medida em que exercida de acordo com uma norma. As condutas não-funcionais, isto é, aquelas não consideradas relevantes para o Direito, em tese, estariam alijadas do espaço jurídico. Haveria, contudo, no âmbito de normas jurídicas permissivas, espaço para condutas, em princípio, não-funcionais, já que dentro da permissibilidade da norma não é relevante de que maneira aquele comportamento se dá. Há, contudo, a possibilidade de um comportamento exercido na abrangência da norma permissiva acabar por contrariar o sistema como um todo e, assim, se tornar disfuncional: “[o] abuso do direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jussubjectivos por, embora consentâneos com normas jurídicas, não confluírem no sistema em que estas se integrem”¹⁹⁹.

O sistema resultante da soma de normas constituídas a partir de determinadas escolhas que consideraram as condutas nelas reguladas juridicamente relevantes, por mais completo e unitário que se pretenda, naturalmente, apresentará brechas e espaços. Evidência disso é a função atribuída aos princípios de preencher as inevitáveis lacunas e colidências.²⁰⁰ Se o comportamento acobertado pela norma permissiva vier a causar uma disfuncionalidade em relação ao sistema como um todo, estaria configurado o abuso do direito. A repressão ao abuso seria, assim, uma ferramenta para resguardar a higidez e integridade do sistema jurídico resultante de um anseio cultural de harmonia e ordenação.

Seguindo essa formulação, MENEZES CORDEIRO afirma que o abuso do direito, na sua acepção mais larga, deve ser entendido, “cientificamente, [...] como exercício inadmissível de posições jurídicas”. Faltaria, contudo, diferenciar as limitações relativas ao abuso do direito, como instituto autônomo, das demais existentes no ordenamento jurídico, que, a todo o tempo, impõem deveres ou abstenções. De acordo com as teorias externas, o

¹⁹⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 882.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 885.

abuso se distinguiria das demais limitações por estar situado para além do direito subjetivo, ao passo que as internas relacionam limites inerentes ao direito subjetivo que só seriam desvendados a partir da sua concretização em casos específicos. Embora demonstre preferência pelas teorias internas, também objeto de crítica, o autor assevera que, em ambos os casos, não é desenvolvido um “conteúdo material prévio”.²⁰¹

Em relação ao posicionamento adotado pelo autor português, JOSÉ LUIZ LEVY tece críticas importantes para a análise aqui desenvolvida:

Menezes Cordeiro, ao caracterizar o ato abusivo como contraposição entre normas que garantiriam, de um lado, um direito subjetivo com determinado conteúdo e, de outro lado, preceitos abstratos que delimitariam externamente o exercício desse direito subjetivo, adota uma teoria meramente formal externa do ato abusivo. Por outro lado, ao pretender elaborar uma doutrina "científica", que estabeleça limites funcionais "abstratos" para o exercício dos direitos subjetivos, para que não venham ser caracterizados "caso a caso", deixa de reconhecer que os elementos materiais e valorativos, delimitadores do direito subjetivo integram o próprio conteúdo do direito subjetivo.²⁰²

A ideia de exercício inadmissível considerado como disfuncionalidade perante o sistema²⁰³, de fato, não ofereceria o tão buscado critério material, permanecendo formalista, segundo reconhece MENEZES CORDEIRO. O jurista sugere, no entanto, que a sua concretização ocorra a partir dos exercícios inadmissíveis típicos²⁰⁴, dos vetores da proteção da confiança e relevância das situações materiais subjacentes²⁰⁵ e da boa-fé, cumprindo esta papel preponderante sobre os bons costumes e a função econômica e social do direito²⁰⁶.

Críticas à parte, a sua contribuição foi recebida por considerável parcela da doutrina nacional, o que, não por acaso, pode vir a decorrer da similaridade entre a redação dos dispositivos legais brasileiro e lusitano, aquele influenciado por este, consoante

²⁰¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 879.

²⁰² LEVY, José Luiz. *A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 299.

²⁰³ De rigor reproduzir a sua conclusão: "[o] cerne da inadmissibilidade - ou, se se quiser, do abuso - reside na contradição aparente entre uma não-funcionalidade normativa e uma disfuncionalidade sistemática, isto é, uma indiferença das normas constitutivas da situação considerada, mas uma interferência do sistema, no seu conjunto, no espaço liberto de injunções imediatas". MENEZES CORDEIRO, António. *op. cit.*, p. 889.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 899. Segundo o autor, são estas as diferentes manifestações do tratamento típico de exercícios inadmissíveis: "a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, as inalegalibilidades formais, a *suppressio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício".

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 900.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 901.

destacado no primeiro capítulo da presente dissertação. Nesses moldes, a definição do abuso como exercício inadmissível de posições jurídicas, pela sua concomitante riqueza teórica e abrangência, foi bem recepcionada por notáveis doutrinadores brasileiros, a exemplo de TERESA ANCONA LOPEZ²⁰⁷, JUDITH MARTINS-COSTA²⁰⁸, ANDERSON SCHREIBER²⁰⁹, ALEXANDRE GUERRA²¹⁰ e DANIEL BOULOS²¹¹.

Elogiáveis, portanto, os esforços de MENEZES CORDEIRO na formulação técnica do conceito de abuso do direito, atrelando-o ao campo da ciência do Direito como um instituto de caráter marcadamente jurídico, com características e elementos definidores próprios, que desempenha papel para além de simples corretivo de moralidade ou de vetor interpretativo.

2.3 O ABUSO DO DIREITO E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em uma primeira aproximação, constatou-se que o abuso do direito, como conhecemos hoje, está entrelaçado à ideia de relatividade dos direitos subjetivos. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA ressalta que “repugna a consciência moderna a ilimitabilidade no exercício do direito; não nos servem mais as fórmulas absolutas do direito romano”²¹². A partir dessa perspectiva, tem-se como inevitável que o exercício de um direito afete a esfera jurídica alheia; do contrário, a própria ideia de direito seria esvaziada. O que se pretende evitar pela teoria ora discutida é o exercício irrestrito de um

²⁰⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, v. 4. p. 997-1017. p. 999. No referido artigo, a autora assim elucida: “[c]omo define com precisão Menezes Cordeiro, essas limitações têm a ver com o 'exercício inadmissível de posições jurídicas', o que se aplica especialmente aos casos de abuso de direito”.

²⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95. p. 68. Ao tratar dos avatares do abuso do direito, a autora denomina um dos subtítulos de “[o] encadeamento entre ilicitude civil, culpa e responsabilidade e as entorses na qualificação do exercício inadmissível”.

²⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. O autor se refere ao exercício inadmissível nas páginas 84, 90, 142, 152 e 211.

²¹⁰ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011. Como se percebe, no próprio título da obra, há expressa menção ao exercício inadmissível.

²¹¹ BOULOS, Daniel. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 28.

²¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado: parte especial*. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 109.

direito a ponto de desconsiderar por completo e *a priori* o seu impacto no meio social ou a conformidade entre o seu uso e os valores que se objetivou tutelar.

Previamente ao advento do Código Civil de 2002, e, conseqüentemente, sem o amparo da redação do respectivo art. 187, viu-se que significativa parcela da doutrina pátria não deixou de reconhecer e acolher o instituto do abuso do direito, extraindo-o, muitas vezes, de outros dispositivos do Código Civil de 1916, em especial a partir de uma interpretação a *contrario sensu* do art. 160, I, relativo ao exercício regular do direito. Na ausência de previsão legal específica, entre os conceitos então adotados do abuso do direito pela doutrina, destaca-se o engendrado por RUBENS LIMONGI FRANÇA na Enciclopédia Saraiva do Direito, definindo-o como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”²¹³.

Percorrida a multiplicidade de teorias sobre o instituto e a variação do seu conceito conforme o critério adotado, evidenciada está a difícil tarefa de optar entre uma das definições expostas, ou, ainda, acolher sem reservas o instituto tal como contemplado no art. 187 do Código Civil de 2002, que, conforme ressaltado por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “corresponde quase *ipsis verbis* ao art. 334 do Código Civil português”²¹⁴, mas, ao contrário deste, não foi acompanhado da epígrafe abuso do direito, sequer mencionando a expressão²¹⁵.

Mesmo sob a égide do art. 334 do Código Civil português, foi possível observar que a doutrina não se limitou à redação do dispositivo. De forma mais ampla, CUNHA DE SÁ considerou como abuso o comportamento que, apesar de formal e aparentemente conforme a norma, a contraria materialmente. MENEZES CORDEIRO, por sua vez, embora critique o que denomina de teorias internas e busque um critério técnico específico do abuso, acaba lhe conferindo caráter mais abrangente ao reconhecer que o

²¹³ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2. p. 45.

²¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz Alves, Jones Figueirêdo Alves (coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Ed. Método, 2005. p. 33.

²¹⁵ Nesse ponto, destaca-se que art. 334 do Código Civil português traz de modo expreso a expressão “Abuso do direito” entre parênteses no cabeçalho do dispositivo assim redigido: “[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 económico desse direito”.

exercício inadmissível se verifica na disfuncionalidade perante o ordenamento jurídico sistematicamente considerado e no anseio cultural de restabelecimento dessa ordem.

Na vigência do Código Civil de 2002 e diante da previsão trazida pelo art. 187, permanece uma tendência doutrinária de se distanciar da literal disposição trazida pelo novo artigo ao definir o instituto. Nesse sentido, a definição de LIMONGI FRANÇA permanece atual²¹⁶, assim como a de CUNHA DE SÁ, encampada por ANDERSON SCHREIBER ao sustentar que, "[d]e todas as inúmeras teorias que se propõem a explicar o conceito de abuso do direito, o que, hoje, se reconhece como essencial à categoria é a contrariedade ao fundamento axiológico-normativo do direito exercido", definindo o abuso do direito como exercício "de forma aparentemente regular, mas em contradição com os valores que o ordenamento pretende por meio dele realizar"²¹⁷.

Para a conceituação do abuso no ordenamento jurídico brasileiro atual, há que se considerar, assim, a pauta axiológica trazida pelo Código Civil de 2002, segundo discorre TERESA ANCONA LOPEZ:

[C]om o novo sistema de valores que começou formalmente, em 1988, e que foi abraçado pelo Código Civil, de 2002 (além de leis esparsas como o CDC, ECA, Lei das Locações, Lei de Direito do Autor, etc), consagra a eticidade (boa-fé e bons costumes) e a socialidade (função social da propriedade, do contrato, finalidade social do exercício do direito) como princípios, princípios esses que perpassam a nova ordem civil inteira. Nesse diapasão, vem adotar a teoria do abuso do direito que tem em sua essência a verificação de quais são os limites impostos ao exercício dos direitos subjetivos. E consequência da adoção da concepção relativista do direito, reação ao absolutismo, voluntarismo e individualismo que impregnavam ainda o Código Civil, de 1916, e o colocavam fora da realidade social atual, exigindo a interpretação jurisprudencial sempre atualizada e a edição de legislação esparsa em grande quantidade, para complementar ou "remendar" o espírito do antigo Código.²¹⁸

Compreendendo o abuso como conformidade aos elementos formais da norma e simultânea contrariedade em relação aos seus fundamentos axiológicos, necessário se ter

²¹⁶ A definição de Limongi França é adotada, dentre outros, por: TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *Revista jurídica luso-brasileira*, Lisboa, v 1, n. 6, p. 447-472, 2015. p. 450; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 5. p. 97.

²¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 75.

²¹⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 111-152, jan./dez. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67701/70309>. Acesso em: 15 out. 2019. p. 114.

em vista que, embora o Código Civil de 2002 tenha regulado o abuso do direito como o excesso manifesto para além da boa-fé, dos bons costumes e dos fins econômicos e sociais do direito, a teoria do abuso do direito não se esgotaria nessas figuras.

Nesse sentido, reproduz-se o magistério de TERESA ANCONA LOPEZ estruturado a partir do conceito de MENEZES CORDEIRO de exercício inadmissível de posições jurídicas²¹⁹, sob a ideia, justamente, de que os direitos não são absolutos, encontrando limites nas categorias expressas no dispositivo, para, então, definir o abuso do direito como "ato antijurídico cometido pelo titular de um direito, que ao exercê-lo excede os limites impostos pelos valores éticos e sociais do sistema, principalmente a boa-fé, os bons costumes e a finalidade social e econômica do direito".²²⁰

HELOÍSA CARPENA, do mesmo modo, associa o abuso do direito à repressão de condutas que violem o ordenamento jurídico sob o ponto de vista ético e social, definindo o ato abusivo como a atuação antissocial. Promove, em seguida, a leitura do art. 187 do Código Civil a partir da noção de abuso introduzida por JOSSERAND ao afirmar que "a pedra de toque da teoria consagrada pela lei é a adoção do critério do 'motivo legítimo'", dessa vez entendido como um cotejo objetivo entre as condições nas quais o direito foi exercido e: a sua específica finalidade ou missão social; "o padrão de comportamento dado pela boa-fé" e "a consciência jurídica dominante, expressa no conceito de bons costumes". Ao final, reconhece que tais objetivos foram adequadamente atingidos pela redação do referido dispositivo.²²¹ RUI STOCO, em atualização do tratado de PONTES DE MIRANDA, também atribui mérito à inovação legislativa:

É, sem dúvida, uma das maiores conquistas do direito brasileiro. Os redatores do Código Civil em vigor converteram em lei aquilo que a doutrina e a jurisprudência já vinham consagrando, como evidenciou Pontes de Miranda nessa obra. A doutrina recente já afirmou que o art. 187 é uma norma quase perfeita, a cláusula mais rica do Código Civil de

²¹⁹ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 898.

²²⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 1006.

²²¹ CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 392.

2002, pois reúne os quatro princípios éticos que presidem o sistema: a boa-fé, fim social, bons costumes e abuso do direito.²²²

Ainda sobre a relevância do art. 187 para a reprimenda ao comportamento abusivo, digno de nota o posicionamento desenvolvido por BRUNO MIRAGEM, ao considerá-lo cláusula geral que viabiliza a projeção dos direitos fundamentais às relações privadas, funcionando como mecanismo interpretativo assecuratório da máxima efetividade aos direitos fundamentais.²²³ Válido reproduzir o trecho abaixo, melhor elucidando o seu pensamento:

A cláusula geral do abuso do direito expressa pelo artigo 187 do Código Civil, dada sua abertura e diversidade de conceitos que servem para limitar o exercício de direitos subjetivos, na concreção destes conceitos, deve observar, em vista da Constituição e das normas e valores que esta expressa, o que signifique o fim econômico e social, assim como o comportamento adequado à boa-fé e aos bons costumes (ou sua violação). A determinação do significado do exercício abusivo se dá mediante a identificação de um exercício em contrariedade ao sentido da proteção dos direitos fundamentais.²²⁴

Conclui-se, daí, que o Código Civil de 2002 trouxe importantes parâmetros para a restrição ao exercício inadmissível de direitos, não se esgotando o instituto, no entanto, na estrita interpretação do art. 187. Realmente, a autonomia individual não deve representar um empecilho à convivência humana, sendo o instituto do abuso do direito o

²²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 124. Com pensamento diverso, Oliveira Ascensão é crítico em relação ao art. 187, por entender que reúne três figuras diversas que teriam em comum tão somente a irregularidade no exercício que lhes for contrário. Sustenta, assim, que o dispositivo seria melhor empregado se retomada a sua origem histórica de repressão a atos emulativos ou chicaneiros. ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz Alves, Jones Figueirêdo Alves (coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos contratos. São Paulo: Ed. Método, 2005. p. 54.

²²³ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro, Forense, 2009. p. 199-202. Na direção contrária, Ricardo Marcondes Martins critica o art. 187 sob o fundamento de que se revelaria desnecessário diante da força normativa dos princípios e constitucionalização do direito civil. Acrescenta que o legislador acertou ao não inserir a denominação de "abuso do direito" no referido dispositivo, que não passaria de uma "qualificação doutrinária". A partir de tais pressupostos, discorre que o abuso do direito restaria configurado na violação direta dos princípios, sem a necessidade de intermediação pelo art. 187. Sintetizando a sua posição, o seguinte trecho: "sempre que os particulares, nas relações privadas, no âmbito de liberdade decorrente da inexistência de limitações legislativas, restrinjam os princípios incidentes num grau não tolerado pelo sistema normativo globalmente considerado, grau esse apurado pela ponderação de todos os princípios incidentes, haverá abuso de direito e os atos jurídicos editados e os fatos jurídicos praticados serão inválidos". MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 109. Para maior aprofundamento, confira-se: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 90-109.

²²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro, Forense, 2009. p. 200.

que confere sentido e unidade à repressão de determinados comportamentos aparentemente conforme a lei mas que a violam na sua essência. É justamente aí que reside o traço distintivo do abuso do direito, ou seja, na violação de determinados limites enquanto no exercício de um direito²²⁵, o que é referido na redação do art. 187²²⁶, que, embora alvo de críticas, representa relevante ferramenta normativa para reprimir o exercício inadmissível de posições jurídicas.

2.3.1 O abuso do direito como figura autônoma e o problema da localização do art. 187

Topograficamente considerados, tanto o ato ilícito em sentido estrito como o abuso do direito estão inseridos no Código Civil no "Livro III - Dos fatos jurídicos", sendo a sua descrição realizada no "Título III: "Dos Atos Ilícitos"²²⁷, respectivamente nos artigos 186 e 187.

Conquanto a redação do art. 187 do Código Civil de 2002 associe o abuso do direito ao ato ilícito, faz-se necessário um cotejo entre aquele instituto, principal objeto do presente estudo, e o ato ilícito em sentido estrito, disciplinado no art. 186²²⁸ do mesmo diploma legal. Em ambos, há uma atuação contrária ao ordenamento jurídico, sendo tal interseção, provavelmente, o que levou à opção legislativa de tratá-los em conjunto, tanto que o art. 187 se inicia por "também pratica ato ilícito [...]". Ao mesmo tempo, o fato de terem sido contemplados em dispositivos diversos permite depreender que há uma distinção entre os institutos, merecendo esta ser traçada.

De fato, consoante ressalta CUNHA DE SÁ, a autonomia do abuso como figura jurídica, deve passar, necessariamente, pela sua individualização perante as categorias do

²²⁵ Assim como a compreensão do termo direito deve ser ampla, a noção de exercício deve ser interpretada de modo a abranger tanto a ação como a omissão, temas que serão enfrentados mais adiante.

²²⁶ Válido reproduzir, nesse sentido, a conclusão a que chegou Cunha de Sá com relação ao art. 334 do Código Civil português: "[é] que o abuso, seja o que for que venha a entender-se por esse exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social ou económico do direito, é algo que ocorre *no exercício de um direito*: exerce-se um direito e é quando se exerce o direito que se abusa dele.". CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 109, grifo do autor.

²²⁷ Curiosamente, o art. 160, I, do Código Civil de 1916, que tratava do exercício regular do direito, era previsto no título II do livro III, também sob a rubrica "Dos Atos Ilícitos". O art. 188, I, que também tratou do exercício regular do direito, se manteve situado sob esta localização.

²²⁸ Art. 186. "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

ato ilícito e da culpa²²⁹. Precisa é, aliás, a definição por ele adotada sobre o ilícito, na sua acepção mais ampla:

Ilícito é, assim, o comportamento negador de específicas orientações axiológico-normativas, é a conduta que contradiz concretas proibições de ação ou omissão, como reflexo do juízo de valor contido na norma e, por aí, o oposto do comportamento normativamente qualificado como obrigatório relativamente a uma certa situação concreta.²³⁰

Segundo esse raciocínio, o autor define a ilicitude como mera contrariedade ao comportamento juridicamente definido, o que é aferido independentemente da investigação da intenção do sujeito. O exame se daria sobre a conduta praticada e não sobre quem a praticou. Ou seja, a simples ilicitude, em sentido largo, não dependeria do conceito de culpa para restar evidenciada, embora esta possa vir a ser relevante para se aferir a responsabilidade do agente pelo ilícito praticado.²³¹

Nesse caminhar, ressalta-se que o critério psicológico não aparece no art. 187, bastando, segundo a letra do dispositivo, que o exercício se dê em desconformidade manifesta com as balizas elencadas para configurar a ilicitude nele prevista. O art. 186, por sua vez, enuncia a perquirição da culpa ao exigir uma ação ou omissão voluntária revestida de negligência ou imprudência para configurar a prática de ato ilícito, o que revela uma noção mais restrita deste.

Na obra "O Abuso do Direito e o Ato Ilícito"²³², PEDRO BAPTISTA MARTINS discorre sobre a dicotomia entre o ato lícito e o ato ilícito, traçando um paralelo entre ambos. Conforme ressaltado, "[é] uma peculiaridade do ato abusivo, ser, a um tempo, lícito e ilícito"²³³. Verifica-se, desse modo, que, previamente ao advento do art. 187, o autor preconizava a autonomia do abuso do direito em relação ao ato ilícito e à teoria da culpa, deixando claras, ainda, as limitações no seu exercício em razão das funções econômica e social do direito:

²²⁹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 498.

²³⁰ *Ibid.*, p. 499.

²³¹ *Ibid.*, p. 509.

²³² Segundo José da Silva Pacheco, que promoveu a atualização da obra em 1997, o livro foi escrito na década de 30, sendo publicado em 1935 e reeditado em 1941. Lembra, ainda, que o Código de Processo Civil de 1939 foi baseado em anteprojeto de MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. xiii.

²³³ MARTINS, Pedro Baptista. *op. cit.*, . p. 162.

No direito brasileiro, o problema da autonomia do ato abusivo foi resolvido satisfatoriamente. Para que o ato realizado no exercício de um direito gere a responsabilidade do seu agente, basta que esse exercício se tenha verificado de maneira anormal ou irregular. Na apreciação da anormalidade o juiz não precisa ater-se à consideração do elemento intencional ou das razões subjetivas que teriam determinado o exercício do direito. A sua tarefa limita-se a examinar, à luz de dados materiais e objetivos, se o ato danoso transborda efetivamente da justa medida que o titular do direito deve observar por ocasião de seu exercício. Essa justa medida dos direitos individuais obtém-se mediante exame dos seus fins econômicos e sociais e confronto entre a importância dos interesses que o agente visa a resguardar e os interesses de terceiro por ele lesados.²³⁴

Sob essa perspectiva, o abuso do direito não seria simples modalidade do ato ilícito, conforme sustentado pela noção subjetivista do abuso, de acordo com a qual, assim como o ato ilícito, a caracterização do abuso do direito pressuporia a análise da culpa. Na visão de PEDRO BAPTISTA MARTINS, a noção de culpa seria incompatível com a do exercício de um direito.

Segundo também ressalta o jurista, a confusão do ato abusivo com o ato culposo seria não apenas equivocada como levaria à inutilidade da teoria do abuso, na medida em que a investigação da intenção do agente ao exercer determinado direito acabaria por excluir aquelas condutas em que, embora não haja, internamente, nenhuma vontade além do próprio agir conforme o direito, externamente, venham a provocar prejuízo consideravelmente maior que a medida atendida do interesse do seu titular.²³⁵

De fato, espectro valioso da repressão ao abuso consiste em, justamente, abranger situações em que há lesão a direitos de terceiros em decorrência do direito exercido com excesso pelo seu titular, sem importar as motivações psicológicas deste. Este exercício abusivo deve ser limitado independentemente do grau de culpa de quem o praticou, sob pena de se deixar de lado as situações de abuso constatadas a partir da evolução das condições sociais.²³⁶

Nessa linha de pensamento, importante frisar que o art. 187 não traz como requisito a intenção de prejudicar, distanciando-se da primitiva visão do abuso como restrito aos atos de emulação. O abuso do direito é, assim, constatado de forma objetiva,

²³⁴ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 163.

²³⁵ *Ibid.*, p. 163.

²³⁶ *Ibid.*, p. 164.

isto é, deve ser identificado no caso concreto sem qualquer perquirição de culpa ou da intenção de prejudicar²³⁷. A autonomia do instituto também é analisada a partir daí, tendo em vista que o art. 186 – ao contrário do art. 187 –, conforme anteriormente salientado, faz menção ao elemento subjetivo e define como relevante a comprovação do dolo ou culpa. Destaca-se, nesse sentido, o teor do enunciado 37, da I Jornada de Direito Civil: "[a] responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".²³⁸

Além de a verificação do abuso prescindir da culpa, há que se destacar outra característica que o distingue do ato ilícito em sentido estrito: no abuso do direito, é o próprio titular do direito quem o exerce de forma disfuncional; no ato ilícito *stricto sensu*, por sua vez, o indivíduo, sem se valer do exercício de um direito ou prerrogativa, afronta,

²³⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 165.

²³⁸ Nesse sentido, confira-se: "[n]ão foi feliz, todavia, o legislador de 2002, ao definir o abuso de direito como espécie de ato ilícito. [...] A ultrapassada concepção do abuso de direito como forma de ato ilícito, na prática, condicionava sua repressão à prova de culpa, noção quase inerente ao conceito tradicional de ilicitude. No direito civil contemporâneo, ao contrário, a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional.". TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 1. p. 346. No mesmo sentido: CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 392. TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *Revista jurídica lusobrasileira*, Lisboa, v 1, n. 6, p. 447-472, 2015. p. 458. Confira-se, ainda: "[...] fosse necessário, para a caracterização do abuso, a investigação da presença de culpa [...] a prova da existência do abuso, já difícil, seria ainda mais dificultosa, de molde a praticamente inviabilizar a aplicação da regra do artigo 187 do Código Civil. [...] Isso não significa, por outro lado, que o Código desconheça por completo elementos subjetivos. [...] [E]mbora o legislador tenha adotado a concepção objetiva do abuso, aquele que obrar de má-fé no exercício de um direito certamente será atingido pela norma do artigo 187". Também no sentido do caráter objetivo do abuso: "[...] parece-nos que a opção do legislador foi clara em distinguir duas modalidades de ato ilícito: (i) *ato ilícito subjetivo* (art. 186 do CC/2002); e (ii) *ato ilícito objetivo* (art. 187 do CC/2002)". RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 170, grifo do autor; BOULOS, Daniel. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 142-143. E, ainda: MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74-75; MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro, Forense, 2009. p. 103-109. Em sentido contrário, Rui Stoco, ao atualizar a obra de Pontes de Miranda, dispôs que "se o ato ilícito conceituado no art. 186 funda-se na culpa, pois o atual Código Civil, salvo exceções pontuais e expressas, manteve a culpa como pressuposto da responsabilidade do agente, não haveria, segundo parece, como afirmar que o art. 187, que está situado no Título III, relativo aos atos ilícitos e fisicamente localizado imediatamente abaixo do art. 186 (que traduz o ilícito absoluto), possa dispensar esse fundamento". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado: parte especial*. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 123. Segundo Renan Lotufo, "dizendo a lei que é ilícito, descabe ao intérprete negá-lo, já que tal qualificação é exclusiva da lei". LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: parte geral* (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 508.

diretamente, previsão legal. Dito de outro modo, enquanto no primeiro, o agir inicial se daria conforme o Direito, no segundo, a atuação é contrária ao Direito do início ao fim.²³⁹

Para evidenciar ainda mais tal distinção, acrescenta-se que, enquanto o art. 186 do Código Civil de 2002 traz a violação de um direito alheio, o art. 187 consubstancia o abuso de um direito próprio. Por tal razão, no magistério de TERESA ANCONA LOPEZ, o abuso do direito constituiria ato ilícito atípico:

O ato ilícito (ou antijurídico) típico é aquele que fere direitos de outrem, por ação ou omissão de quem o pratica, levando à obrigação de indenizar. O ato abusivo também é antijurídico, mas acontece no exercício de direito próprio contrariando os valores prezados pelo sistema, em especial, a lealdade, a boa-fé, prejudicando de alguma forma terceiros. É o ilícito atípico.²⁴⁰

Daí decorre que, para a caracterização do abuso, não se faz necessário o *animus nocendi*, isto é, a intenção de fazer o mal. Despicienda a comprovação do propósito de causar dano do titular do direito. Bastaria ser verificado que, ao exercê-lo, transbordou significativamente o perímetro econômico e social estabelecido pela norma ou atentou gravemente contra a boa-fé e os bons costumes.²⁴¹

Observa-se, ademais, a particularização dos efeitos produzidos pelo abuso do direito. Nesse contexto, deve ser sopesado que o art. 927²⁴² do Código Civil traz um efeito comum tanto para o ato ilícito em sentido estrito como para o abuso do direito: a obrigação de indenizar. Todavia, apesar de o abuso do direito poder levar à responsabilidade civil, com esta não se confunde, conclusão a que se chegou no enunciado 539, da VI Jornada de Direito Civil: "[o] abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano".

²³⁹ De acordo com Fernando Augusto Cunha de Sá, essa característica tem bastante relevância para se aferir a autonomia do abuso do direito: “[q]uem abusa não actua, pelo menos aparentemente, sem direito: actua dentro do seu direito - e por aqui é que se poderá vir a aceitar e a defender a existência de uma figura jurídica a se, de uma qualificação jurídica autónoma perante a pura ilegalidade (carência de direito) ou ilicitude formal”. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 18.

²⁴⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, v. 4. p. 1009-1010.

²⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 675.

²⁴² Art. 927. "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

Nesse sentido, verifica-se que a resposta dada pelo ordenamento jurídico ao dano causado a outrem, por ação ou omissão, em conduta voluntária ou revestida de negligência, imprudência ou imperícia, será, caso evidenciados seus elementos, a responsabilidade civil. Embora a prática do abuso do direito possa, do mesmo modo, levar à responsabilidade civil, além de independer da culpa, verifica-se que o dever de reparação não é consequência indissociável do abuso do direito, podendo ocorrer outros desdobramentos a partir da constatação do ato abusivo, tais como a sua supressão ou a nulidade do ato²⁴³.

Válido, nesse sentido, reproduzir o teor do enunciado 617, da VIII Jornada de Direito Civil: "[o] abuso do direito impede a produção de efeitos do ato abusivo de exercício, na extensão necessária a evitar sua manifesta contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, à função econômica ou social do direito exercido". Possível depreender da sua redação que as consequências do ato abusivo podem corresponder, simplesmente, ao levantamento dos efeitos que desbordem os parâmetros indicados no art. 187 do Código Civil.

Realmente, como destaca ORLANDO GOMES, a dissociação entre o abuso do direito e o ato ilícito propriamente dito também afasta a paridade entre as respectivas sanções, sendo bastante explicativo o exemplo da chaminé que projeta sombra excessiva no terreno do vizinho, daí advindo como consequência a sua demolição pelo proprietário que a edificou, por oposição à responsabilidade civil deste.²⁴⁴

Constatados todos esses traços distintivos do abuso do direito, curva-se ao reconhecimento do seu caráter objetivo e da sua autonomia perante as categorias da responsabilidade civil e da culpa, não obstante a escolha do legislador de situar o art. 187 do Código Civil entre os atos ilícitos.

²⁴³ Sobre as possíveis sanções ao abuso, disciplina Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa que, além da responsabilidade civil, tem-se a "nulidade dos actos ou negócios jurídicos praticados abusivamente", a "admissibilidade de legítima defesa, própria ou alheia, contra o acto abusivo" e a "possibilidade de requerer providências com o fim de evitar a consumação do abuso ou de atenuar os efeitos deste, quando se afectem bens da personalidade de outrem". SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v.1. p. 206.

²⁴⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 103.

2.3.2 Elementos necessários para a caracterização do abuso segundo o art. 187 do Código Civil

Conforme visto acima, mesmo no contexto do Código Civil de 1916, em que o abuso era extraído a partir de uma interpretação a *contrario sensu* do dispositivo que versava sobre o exercício regular de direito, PEDRO BAPTISTA MARTINS defendia o caráter teleológico das normas jurídicas, que encontram limites nos seus fins econômicos e sociais²⁴⁵. Computava-se como ilícito, assim, determinado comportamento que, mesmo não ofendendo a lei frontalmente, fosse contrário à ordem pública, à moral e aos bons costumes²⁴⁶.

Com o advento do Código Civil de 2002, o seu art. 187 trouxe o direcionamento para enquadrar determinado comportamento como abusivo. De acordo com referido dispositivo, para que o titular de um direito consiga deste se valer licitamente, não poderá, ao exercê-lo, ultrapassar manifestamente determinadas balizas traçadas pela própria lei: (i) o fim econômico ou social do direito exercido; (ii) a boa-fé; e (iii) os bons costumes. Uma vez observados tais vetores éticos, a conduta que se iniciou amparada pelo Direito assim permanecerá. Enquanto a boa-fé e os bons costumes corresponderiam a limites gerais, a função econômica e social consistiria em limite específico, na medida em que aqueles dizem respeito ao ordenamento jurídico como um todo e esta seria específica de cada direito, isto é, cada direito apresenta uma função econômica ou social que lhe é peculiar²⁴⁷.

Como observa TERESA ANCONA LOPEZ, há, no referido dispositivo, três cláusulas gerais distintas e limitativas ao exercício do direito. Ultrapassados tais limites, haveria, nas suas palavras, “violação funcional do direito (social), de sua finalidade e de seu espírito”²⁴⁸. Apesar de, como já visto, não se ter o esgotamento da figura do abuso nesses três parâmetros, a sua positivação no art. 187 demanda uma análise mais atenta de cada um desses elementos.

²⁴⁵ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 19.

²⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 661.

²⁴⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 115.

2.3.2.1 O fim econômico ou social

A fim de deslindar a conformação do abuso do direito previsto no art. 187 do Código Civil, aborda-se, inicialmente, no que consistiriam os fins econômicos e sociais ali mencionados.

Na doutrina de SERGIO CAVALIERI FILHO, verifica-se que o fim econômico associa-se ao benefício pecuniário que o exercício do direito trará ao seu titular²⁴⁹. A preservação do fim econômico da norma também visaria a evitar um desequilíbrio na relação contratual ou obrigacional, ou, ainda, enriquecimento ou mesmo empobrecimento sem causa, de modo que a relação bilateral se apresente como justa e razoável²⁵⁰.

Os freios delineados pelos fins sociais, por sua vez, corresponderiam a uma preocupação do legislador com a missão social da norma. SERGIO CAVALIERI FILHO associa os fins sociais à finalidade do Direito, como instrumento de organização social, de concretização dos anseios da sociedade de paz, ordem, solidariedade e harmonia²⁵¹.

Em que pese o esforço da doutrina em individualizar os fins sociais e os fins econômicos do direito, cabe mencionar a crítica feita por JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU ao art. 334 do ordenamento civil português, que também se aplica ao art. 187 do Código Civil brasileiro: melhor seria se o dispositivo tratasse dos fins ou função do direito²⁵².

Alinhada a essa constatação está a conclusão de TERESA ANCONA LOPEZ de que a inclusão dos fins econômicos e sociais no art. 187 do Código Civil de 2002 representaria a consagração moderna da doutrina de JOSSERAND - a vitória "que ele sequer imaginaria" - de que cada direito possuiria uma finalidade inerente e que deve ser respeitada no seu exercício.²⁵³ Nessa linha, sublinha-se a definição engendrada por

²⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 156.

²⁵⁰ ROSSI, Luiz Fernando Salles. O abuso de direito nas relações de família. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodoro de Almeida (coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 90.

²⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *op. cit.*, p. 159.

²⁵² ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 67.

²⁵³ Por esse caminho, enuncia que a norma do art. 187 deve ser lida em cotejo com o art. 421 do Código Civil, que trata da limitação da liberdade de contratar nos limites de sua função social. LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4. p. 1012.

FRANCISCO AMARAL de fim econômico e social como "a função instrumental própria de cada direito subjetivo, a qual justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício"²⁵⁴.

2.3.2.2 Os bons costumes

Os bons costumes são referidos de forma expressa no Código Civil cinco vezes, uma delas no próprio artigo 187, sem, contudo, qualquer especificação de suas características ou elementos definidores. Mais uma vez, o legislador deixou para a doutrina a tarefa de preencher o seu conteúdo jurídico.

Fundamentalmente, distinguem-se duas concepções de bons costumes. A primeira delas, de caráter sociológico, parte de um estudo da opinião socialmente dominante em determinado espaço e em certo recorte temporal, assumindo que o seu conceito seja variável conforme alternem tais circunstâncias. A segunda, de caráter filosófico ou religioso, pauta-se por um ideal humano ou divino, por oposição às práticas cotidianamente aceitas se contrárias a este ideal perseguido.²⁵⁵

Seguindo a primeira linha, SERGIO CAVALIERI FILHO define os bons costumes como um feixe de padrões éticos dominantes na sociedade retratados em determinado momento e local²⁵⁶. Traduziriam, nessa visão, um conjunto de práticas sociais comumente aceitas somadas à consciência social de que devem ser observadas por toda a coletividade.

De acordo com JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, o fato de os bons costumes estarem associados à ideia de "consciência social dominante" permitiria, por si só, daí extrair a fluidez do conceito²⁵⁷. Em linha similar, descreve FRANCISCO AMARAL tratar-se do equivalente à moral objetiva, isto é, "um conjunto de regras morais aceitas pela

²⁵⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 314. Nessa linha, Oliveira Ascensão associa o fim econômico e social previsto no art. 187 à ideia de funcionalidade ou de finalidade. ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz Alves, Jones Figueirêdo Alves (coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos contratos. São Paulo: Ed. Método, 2005. p. 42.

²⁵⁵ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 191.

²⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 162.

²⁵⁷ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 64. Em cotejo com a boa-fé, o autor afirma que a conduta que contrarie os bons costumes seria sempre violadora da boa-fé, ao passo que apenas uma violação grosseira da boa-fé atentaria contra os bons costumes.

consciência social"²⁵⁸, viabilizando, nas palavras de TERESA ANCONA LOPEZ, "a projeção de regras morais no meio jurídico"²⁵⁹. Nessa perspectiva, ressalta-se o teor do enunciado 413, da V Jornada de Direito Civil:

Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.

Sobre a associação entre a moral e os bons costumes formulada no enunciado, nota-se que o próprio Código Civil leva a crer que são conceitos distintos, embora guardem certa relação. Exemplificativamente, de acordo com o art. 1.638, a perda do poder familiar se dará, dentre outras hipóteses, em razão da prática de "atos contrários à moral e aos bons costumes". Válido reproduzir a crítica de JUDITH MARTINS-COSTA à redação do art. 187, que, segundo a autora, manteria a vinculação entre bons costumes e moralidade, propondo que aqueles adquiram o significado de "boas práticas cominadas aos diversos setores das atividades profissionais, como, por exemplo, boas práticas médicas, de engenharia e de advocacia, bem como as regras de *soft law*, ou ainda em 'códigos' de conduta", de modo a atender à real finalidade do dispositivo²⁶⁰.

Verifica-se, de todo modo, que o conceito de bons costumes é muitas vezes posto de lado, talvez em razão do incômodo produzido pela relevante carga axiológica que o permeia. A sua associação à fórmula de uma consciência social dominante ou a uma espécie de moral social costuma ser aceita sem maior aprofundamento, o que leva a um aparente consenso do seu significado que não condiz com o seu real alcance e acaba levando à rarefeita aplicação prática do seu conteúdo. São, de fato, menos recorrentes os exemplos de abuso do direito em razão da violação aos bons costumes²⁶¹.

²⁵⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 315.

²⁵⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p.1012.

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 672, nota de rodapé n. 115.

²⁶¹ Cunha de Sá, um dos poucos autores que diferencia os elementos associados ao abuso do direito com exemplos específicos de cada qual, menciona que haveria abuso do direito em razão do exercício para além dos limites ditados pelos bons costumes nas hipóteses em que o objeto negocial não viole frontalmente uma imposição legal, mas acabe por cercear liberdades que o ordenamento pretendeu conferir ao arbítrio do sujeito, tais como a escolha entre doar ou não doar, casar ou não casar. CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 197.

Em obra voltada especialmente para o tratamento dos bons costumes, THAMIS DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO refuta essa primeira visão de moral socialmente consolidada sustentando que a essência dos bons costumes merece ser edificada não a partir dos hábitos consolidados no passado, mas com um olhar para o futuro, construindo o seu conceito à luz da Constituição, ou, nos seus dizeres, "vinculando-se à concretização não mais da moral social pura e simplesmente, mas, sobretudo, da moralidade constitucional".²⁶²

Consoante esse entendimento, recusa a compreensão dos bons costumes como os interesses consolidados de determinado grupo que está no poder, característica de regimes antidemocráticos, devendo ser extraído o seu conteúdo dos "subprincípios que se desdobram do princípio da dignidade humana, quais sejam, a liberdade, a solidariedade, a integridade psicofísica e a igualdade". A partir daí, defende que os bons costumes, como cláusula geral, assim como a boa-fé, exerceria o papel criativo de deveres, aqui compreendidos, dentre outros, o dever de cooperação e o dever de cuidado, especialmente aplicados aos grupos vulneráveis. Nessa linha de pensamento, representaria, dentre os elementos do art. 187 do Código Civil de 2002, o mais apto a efetuar o controle do exercício disfuncional da autonomia privada existencial.²⁶³

Contudo, em que pese a tentativa de separar, classificar e definir os bons costumes, percebe-se que estão entrelaçados às outras categorias do art. 187 em determinados aspectos. Cuidam-se, verdadeiramente, de conceito de ordem eminentemente axiológica que, distante de apresentar um conteúdo pré-definido - principalmente por se tratar de cláusula geral -, deverá ser preenchido pelo intérprete da norma no caso concreto.

2.3.2.3 A boa-fé

A boa-fé pode ser analisada, preponderantemente, a partir de duas diretrizes: subjetiva e objetiva. Na primeira delas, a boa-fé é associada à consciência ou sentimento de cada um de estar agindo conforme a lei²⁶⁴. Cuida-se, assim, de um estado de espírito,

²⁶² VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Bons Costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 168-169.

²⁶³ *Ibid.*, p. 178-180.

²⁶⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91.

exigindo-se a convicção do sujeito de que a sua ação - ou mesmo omissão - é amparada pelo ordenamento jurídico.

Nas palavras de CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY a boa-fé objetiva, diversamente da boa-fé subjetiva, “significa um *standard*, um padrão de comportamento reto, leal, veraz, de colaboração mesmo, que se espera dos contratantes”²⁶⁵. Em seu sentido objetivo, portanto, a boa-fé é aferida não internamente, mas levando em conta o que é normalmente esperado pela sociedade²⁶⁶. Trata-se, assim, de um padrão de correção e honestidade a ser observado em todas as relações jurídicas.

Segundo ressalta CUNHA DE SÁ, "enquanto no primeiro sentido se visa uma actuação em boa fé, agora o problema é antes uma actuação segundo a boa fé", devendo esta nortear o "exercício de todo e qualquer direito subjectivo"²⁶⁷. A boa-fé disposta no artigo 187 consistiria na boa-fé objetiva, já que, conforme visto acima, a teoria do abuso do direito prescinde da perquirição de culpa, manifestando-se no exercício para além dos limites indicados no dispositivo²⁶⁸.

Com relação à boa-fé objetiva, a doutrina se refere a sua tríplice função, que abrange as funções interpretativa, supletiva e corretiva²⁶⁹, aplicadas preponderantemente à esfera contratual. Segundo a primeira, os contratos devem ser interpretados à luz de padrões objetivos de lealdade e honestidade. A função supletiva atrai a incidência dos

²⁶⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87.

²⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 160.

²⁶⁷ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 171.

²⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz Alves, Jones Figueirêdo Alves (coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos contratos*. São Paulo: Ed. Método, 2005. p. 53. No mesmo sentido: TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *Revista jurídica luso-brasileira*, Lisboa, . v. 1, n. 6, p. 447-472, 2015. p. 455. Menezes Cordeiro, ao se referir ao art. 334 do Código Civil português, afirma que a boa-fé lá prevista é, justamente, a objetiva. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. fl. 662. No mesmo sentido, Alvino Lima, ao tratar do art. 156 do Anteprojeto de Código das Obrigações Brasileiro. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed. 1998. p. 254.

²⁶⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *op. cit.*, p. 91. Em minucioso estudo sobre o tema, Judith Martins-Costa instrumentaliza a aplicação da boa-fé através de suas funções hermenêutica, integradora e corretora. Referindo-se ao âmbito contratual, em sua função hermenêutica, a boa-fé atua “para explicitar o sentido do contrato e qualificar a conduta das partes”, enquanto, sob o ótica integradora, a função da boa-fé seria a de preencher lacunas do contrato, pautando-se em “deveres de cooperação, lealdade, informação e proteção, destinados à melhor realizar o planejado pelo contrato”. A função corretiva, por fim, permitiria, à luz da boa-fé, por exemplo, reconhecer a ineficácia ou nulidade de uma cláusula abusiva. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 564.

denominados deveres anexos à boa-fé objetiva, que correspondem a certos comportamentos que devem estar presentes (ainda que não tenham sido redigidos de forma expressa) desde o momento anterior à contratação, permeando-a e se estendendo mesmo após findo o negócio jurídico entabulado. Dentre os deveres anexos, possível citar o dever de transparência, de lealdade, de segurança, de informação, de cooperação e, a depender do caso, de sigilo. Por fim, a função corretiva, limitadora ou de controle, diz respeito à limitação da liberdade de contratar, restringindo-se, assim, por exemplo, as cláusulas abusivas²⁷⁰.

Sobre o tema, relevante notar o posicionamento de JOSÉ FERNANDO SIMÃO, que destaca, além da função interpretativa, duas principais funções da boa-fé objetiva: a função ativa e a função reativa. De acordo com o autor, a função ativa abrange, justamente, os deveres anexos ou laterais supramencionados. A função reativa, a seu turno, corresponderia às defesas passíveis de serem invocadas a partir da boa-fé objetiva, a exemplo da *suppressio e surrectio*.²⁷¹

Embora usualmente aplicada aos contratos, observa-se, tal qual destacado por TERESA ANCONA LOPEZ, que a boa-fé objetiva "deve comandar não só os contratos mas todas as relações intersubjetivas onde há exercício de posições jurídicas"²⁷².

2.3.3 Da relação entre o abuso do direito e a boa-fé como institutos autônomos

Não há como falar do abuso do direito sem falar em boa-fé; afinal, esta foi expressamente prevista como um dos parâmetros norteadores para a aplicação do abuso. Ao mesmo tempo, também o instituto do abuso do direito influencia o estudo da boa-fé, sendo exemplo disso as mais de duzentas páginas do Tratado de MENEZES CORDEIRO sobre a boa-fé no Direito Civil dedicadas somente para tratar do exercício inadmissível de posições jurídicas²⁷³.

²⁷⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 101.

²⁷¹ SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 194.

²⁷² LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p. 1014.

²⁷³ No livro "Da Boa Fé no Direito Civil", Menezes Cordeiro discorre sobre o exercício inadmissível de posições jurídicas das páginas 661 até 901, abordando, dentre outros temas, os pressupostos dogmáticos do

Assim como o abuso do direito, a boa-fé possui, por si só, função limitadora do exercício de direitos individuais. Ocorre que a boa-fé, como instituto autônomo, ganhou força considerável em todos os ramos do saber jurídico, sendo amplamente referida tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Demais disso, a boa-fé foi referida inúmeras vezes pela caneta do legislador: somente no Código Civil, há cinquenta e seis menções expressas à boa-fé, seja no seu viés objetivo ou subjetivo, ao passo que a expressão abuso do direito sequer é mencionada.

Evidencia-se, ainda, o desequilíbrio entre o volume de obras dedicadas à boa-fé, com diversos trabalhos voltados exclusivamente para dissecá-la, em comparação às monografias dedicadas ao abuso do direito, mais escassas, sendo este relegado, muitas vezes, a alguns parágrafos, ou, quando muito, a um ou mais capítulos dentro de um tratado sobre a boa-fé.

O papel de protagonista assumido pela boa-fé nas últimas décadas, a ponto de o seu uso indiscriminado ser alvo de críticas pela doutrina²⁷⁴, acabou por gerar certa incerteza quando da sua adoção como um dos critérios norteadores da vedação ao abuso do direito. Despontou, assim, a seguinte indagação: quando haveria violação à boa-fé pura e simplesmente e quando haveria abuso do direito em razão do exercício para além dos limites impostos pela boa-fé?

MENEZES CORDEIRO atribui à boa-fé papel relevantíssimo no abuso do direito, o da metodologia, dada a sua vocação de reger relações jurídicas entre duas ou mais pessoas. E enfatiza: "[o] essencial do exercício inadmissível de posições jurídicas é dado

abuso do direito, sua gênese, e o papel da boa-fé no âmbito do abuso. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

²⁷⁴ Sobre a utilização em excesso da boa-fé objetiva, discorre Anderson Schreiber: "[c]om esta expressão, superutilização da boa-fé objetiva, propõe-se designar um processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e suas funções. Com efeito, devido à sua inspiração original – associada a considerações morais, éticas e até jusnaturalistas – e à sua estrutura – cláusula geral, cujo conteúdo deve ser preenchido pelo julgador –, a boa-fé objetiva foi se investindo, em todo o mundo, da tarefa de oxigenar os códigos civis realizando, em sua aplicação concreta, aspirações anti-individualistas e antiliberais. Embora sua incidência tenha sido questionada no âmbito das relações públicas e até nas relações extracontratuais, a boa-fé objetiva sofreu, no âmbito das relações contratuais, uma utilização exagerada, convertendo-se muitas vezes, em noção depositária de todos os anseios. Assim, a boa-fé objetiva aparece hoje, não obstante os propósitos meritórios de sua aplicação, como fundamento de soluções a que se chegaria, de forma mais eficaz e mais adequada à luz do próprio sistema jurídico, pela aplicação direta de princípios constitucionais, ou até de regras específicas do direito privado". SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 80.

pela boa-fé"²⁷⁵. Também para JUDITH MARTINS-COSTA, a boa-fé, em razão da certa indeterminação semântica que a caracteriza, e por ser primordialmente associada a padrões de correção e lealdade, assume um lugar fundamental na teoria do abuso do direito:

Essa [a boa-fé], considerada em seu papel de elemento ordenador e sancionador do exercício jurídico incompatível com a coexistência de liberdades na vida comunitária é a que melhor se presta para sistematizar a variadíssima tipologia passível de abrangência pelo art. 187 na medida em que instituindo padrões de probidade, correção e atenção às expectativas legítimas, se mostra metodologicamente apto para dois importantes passos: (i) o encontro, no caso, pelo intérprete, de uma solução que não está necessariamente tipificada nas categorias intra-sistemáticas e, (ii) a ressystematização isto é, a ordenação racional da solução encontrada, dialeticamente transformado em abstrato e geral (isto é: aplicável à generalidade dos casos análogos) o que fora concreto e particular.²⁷⁶

Cumpriria, portanto, à boa-fé, por sua "tradição sistematizadora", a tarefa de identificar outras formas ainda não positivadas ou mesmo conhecidas, constituindo importante ferramenta para solucionar o chamado "dilema do abuso", delimitando o alcance de cada direito no caso concreto e assim preenchendo as lacunas deixadas pelo legislador.²⁷⁷

A partir desse raciocínio, a autora evidencia que a boa-fé não excluiria o abuso, mas, ao contrário, atuaria como a mais importante de suas balizas, desempenhando, assim, papel preponderante na limitação do exercício jurídico inadmissível, prevalecendo como critério norteador tanto sobre os bons costumes, como em relação aos fins sociais e econômicos do direito.²⁷⁸

JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU sustenta que o abuso do direito e a boa-fé guardam "estreita ligação", tanto que há menção à boa-fé no parágrafo primeiro do art. 2º do Código Suíço de 1907, que antecede a disciplina do abuso, prevista no parágrafo segundo, bem como no art. 281 do Código Civil grego de 1940 e no próprio art. 334 do Código Civil português, inspirado por este último²⁷⁹. Segundo ressalta, há casos de abuso

²⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 901.

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 60-61.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 90.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 85.

²⁷⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 51.

que também representam violação da boa-fé. No entanto, sustenta que o abuso do direito foi se aperfeiçoando para determinados exercícios aparentes dos direitos, ao passo que a boa-fé incidiria sobre todo comportamento juridicamente relevante, denotando sua maior extensão.²⁸⁰

ANDERSON SCHREIBER também coloca em evidência a relevância do abuso do direito perante a boa-fé ao desenvolver um cotejo analítico entre ambos e chegar à conclusão de que um contém o outro e vice-versa. Em um primeiro olhar, o abuso do direito, na modalidade de exercício para além dos limites impostos pela boa-fé, nada mais significaria que a terceira função desta extraída pela doutrina germânica, qual seja, a vedação do exercício que lhe seja contrário. Sob essa perspectiva, a boa-fé compreenderia o abuso do direito, pois, além de servir de limitação ao exercício de direitos, desempenharia as funções interpretativa das relações negociais e impositiva dos deveres anexos.²⁸¹ Nesse particular, VITOR AUGUSTO JOSÉ BUTRUCÉ aponta o art. 187 do Código Civil como "a sede normativa da boa-fé em sua função limitadora do exercício de situações jurídicas", sendo o dispositivo, no entanto, mais do que isso, pois "comporta cláusula geral que adota diferentes critérios para se proscureverem os efeitos do que se convencionou chamar abuso, exercício ilegítimo, irregular ou disfuncional de situações jurídicas".²⁸²

Analisado por outro ângulo, portanto, o abuso do direito seria mais amplo que a boa-fé, uma vez que o instituto do abuso não apenas serve a reprimir condutas que ultrapassem os limites impostos pela boa-fé, mas também para cercear aquelas contrárias aos fins econômicos e sociais do direito²⁸³. A partir do paralelo traçado entre as duas figuras, ANDERSON SCHREIBER arremata:

Conclui-se, ao menos à luz do direito positivo brasileiro, que boa-fé objetiva e abuso do direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé. Entre nós, portanto, é possível falar em

²⁸⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 60-63.

²⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 90-91.

²⁸² BUTRUCÉ, Vitor Augusto José. *O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo indeterminado*. 2019. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 394.

²⁸³ SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 90.

abuso do direito por violação à boa-fé, sem que aí se esgotem todas as espécies de abuso, ou todas as funções da boa-fé.²⁸⁴

Considerando todo o acima exposto e ressalvadas opiniões contrárias²⁸⁵, adota-se a corrente de que o abuso do direito e a boa-fé correspondem a institutos autônomos que coexistem. Embora apresentem pontos de interseção, não se anulam, tendo em vista as suas peculiaridades e campos de aplicação. Cada um guarda a sua importância no exame dos limites ao exercício dos direitos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que, no presente trabalho, assume maior relevância a perspectiva objetiva da boa-fé considerada como um dos parâmetros do exercício inadmissível de posições jurídicas.

2.3.4 Das hipóteses de exercício inadmissível como decorrência da boa-fé a partir da cláusula geral do art. 187 do Código Civil

O *venire contra factum proprium*²⁸⁶, que significa, literalmente, vir contra fato próprio, tem a ver, grosso modo, com a reprimenda a condutas em desacordo com aquelas anteriormente praticadas²⁸⁷. Mas não é só.

É natural que o ser humano mude de opinião ou passe a agir de maneira diversa daquela anteriormente expressada, tornando inaceitável a reprimenda a toda e qualquer conduta incoerente, sob pena de restringir em excesso a liberdade do indivíduo. Em assim sendo, não há uma vedação genérica de contradição no sistema jurídico²⁸⁸. O que o Direito deve coibir são aqueles comportamentos que, além de contraditórios, são desleais²⁸⁹, pois

²⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 91.

²⁸⁵ Ressalva-se entendimento de que a boa-fé seria mais ampla que o abuso do direito, sendo este apenas uma de suas ramificações. Enquanto a boa-fé abrangeria três funções, o abuso estaria compreendido em uma delas, não existindo de forma autônoma. LEVI, Giulio. L'abuso del diritto. In: *Studi do Diritto Privato Italiano e Straniero*. Milão, Giuffè, 1993. (Nuova serie, v. 31). p. 13. Apud SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, p. 112-113. Também no caminho oposto, Vaz Serra elucida que "onde for aplicável o dever de boa fé, a teoria do abuso do direito não adianta nada. A boa fé já implica que não é admissível o abuso do direito". SERRA, A. Vaz. Do abuso do direito (Em matéria de responsabilidade civil), no BMJ, n. 85, p. 265-266. Apud ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 62-63, nota de rodapé 126.

²⁸⁶ Também conhecido como *nemo potest venire contra factum proprium* ou *venire contra factum proprium non valet*. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 674.

²⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. 5. p 275.

²⁸⁸ *Ibid.*, p 283.

²⁸⁹ Judith Martins-Costa utiliza a expressão "figuras parcelares da contraditoriedade desleal" para se referir não apenas ao *venire*, mas também ao *tu quoque*, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, *suppressio e surrectio* e *exceptio doli*, que, segundo a autora, teriam em comum "a vedação a exercitar um direito subjetivo, faculdade ou posição jurídica em contradição com a sua anterior conduta interpretada

violam a confiança anteriormente despertada em terceiro. Esta violação é fundamental para a configuração do *venire contra factum proprium*.

De acordo com BRUNO MIRAGEM, o princípio da confiança foi elevado a "um dos mais importantes princípios do Direito Privado", sendo tratado ora como decorrência da boa-fé, ora a partir da aplicação do direito, ou como princípio de ordem complementar aos demais contemplados em lei. Seria uma derivação do abuso do direito expresso no art. 187 do Código Civil de 2002, considerado "cláusula geral de proteção da confiança"²⁹⁰. Dessa forma, a proteção da confiança se manifestaria não apenas no âmbito das relações interpessoais, particulares, mas também em relação ao ordenamento jurídico como um todo. Por outras palavras, os sujeitos deveriam confiar no sistema como um mecanismo eficaz de solução dos problemas e de sanção a condutas que lhe escapem.

Sob esse prisma, o art. 187 apresentaria um *standard* de comportamentos a serem observados, condenando as condutas contrárias aos limites lá estabelecidos consubstanciados na boa-fé, nos bons costumes e fins econômicos e sociais do direito. O conteúdo do art. 187 resguardaria, assim, a confiança de que as condutas violadoras de tais limites serão reprimidas e de que as finalidades das normas serão observadas. Além disso, tutelaria os interesses dos particulares contra o exercício abusivo na relação jurídica travada.²⁹¹

A partir dessas considerações, salienta-se o teor do enunciado 362, da IV Jornada de Direito Civil, dispondo que "[a] vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil". Realça-se, igualmente, a redação do enunciado 412, da V Jornada de Direito Civil, ao destacar que "[a]s diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *suppressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva".

Como se percebe, ambos os enunciados atrelam o instituto do *venire contra factum proprium* ao abuso do direito, o primeiro pela expressa menção ao art. 187 do

objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a norma de conduta pautada pela boa-fé". MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 671-672.

²⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro, Forense, 2009. p. 157.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 159.

Código Civil, e o segundo por tratar de exercício inadmissível, valendo-se da expressão introduzida por MENEZES CORDEIRO. Os dois enunciados também se referem à boa-fé. Isso leva a questionamentos acerca da relação entre o *venire* e estas duas categorias jurídicas, do abuso e da boa-fé, as quais, consoante já ressaltado, apesar de autônomas, apresentam diversos pontos de contato.

MENEZES CORDEIRO trata do *venire contra factum proprium* como hipótese de exercício inadmissível de direitos, conduzindo-o à figura do abuso, embora reconheça (e critique) a tentativa de parte da doutrina de extraí-lo diretamente da boa-fé:

A afirmação de que o *venire contra factum proprium* é uma aplicação da boa-fé ou, se se quiser, que o assumir de comportamentos contraditórios viola a regra da observância da boa-fé, é comum na doutrina e na jurisprudência. Assim apresentada, a justificação é fraca. O *venire contra factum proprium*, porque dotado de carga ética, psicológica e sociológica negativa, atenta, necessariamente, contra a boa-fé, conceito portador de uma representação cultural apreciativa. [...] O recurso puro e simples a uma boa-fé despida de quaisquer precisões torna-se, perante essa relação de necessidade, num expediente insatisfatório para a Ciência do Direito e insuficiente para a prática jurídica: não explica as soluções encontradas e não permite, por si, solucionar casos concretos novos.²⁹²

Desse modo, entende o jurista que não há como questionar a relação entre o *venire* e a boa-fé, já que, por evidente, aquele irá violar esta. No entanto, a simples derivação do *venire* a partir da boa-fé se revelaria insuficiente. Nessa linha, defende que a visão mais técnica do *venire* implica a sua associação à doutrina da confiança, sendo o seu fundamento legal, por sua vez, extraído do art. 334 do Código Civil português - justamente o dispositivo que, como visto, trata do abuso do direito -, a partir do critério nele previsto da boa-fé objetiva.²⁹³

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, ANDERSON SCHREIBER acompanha esse entendimento ao apontar a base legal do *venire contra factum proprium* no art. 187 do Código Civil. O autor sustenta, ainda, que a discussão doutrinária sobre o enquadramento dogmático do *venire contra factum proprium*, se na boa-fé objetiva ou no

²⁹² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. 5. p. 284-285.

²⁹³ *Ibid.*, p. 290-294. No original: "A base legal para uma aplicação da doutrina da confiança, no Direito português, por forma a vedar o *venire contra factum proprium*, nas suas manifestações mais correntes, reside no artigo 334.º e, de entre os elementos previsivos nele enunciados, na boa fé".

abuso do direito, se resume a um "falso problema"²⁹⁴, na medida em que o *venire* corresponderia a uma manifestação do abuso do direito em razão da violação à boa-fé objetiva. Reproduz-se, aqui, a sua lição:

O *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé. E não há que se discutir se sua natureza jurídica se enquadra numa ou noutra figura. O comportamento contraditório é abusivo, no sentido de que é um comportamento que, embora aparentemente lícito, se torna ilícito, ou inadmissível. E isto justamente porque seu exercício, examinado em conjunto com um comportamento anterior, afigura-se contrário à confiança despertada em outrem, o que revela, no âmbito normativo contrariedade à boa-fé objetiva.²⁹⁵

JUDITH MARTINS-COSTA, do mesmo modo, associa a vedação de comportamento contraditório ao art. 187, ressaltando a necessidade de se apurar se a conduta, além de contraditória, viola as balizas previstas no referido dispositivo, caracterizando deslealdade²⁹⁶. Acompanha, assim, MENEZES CORDEIRO na relevância atribuída à quebra da legítima confiança depositada em relação à primeira conduta (*factum proprium*) para a configuração do *venire*.

Existem, ainda, outras duas situações tipicamente abusivas em razão da violação do critério da boa-fé objetiva, porquanto representativas da quebra da confiança depositada: a *suppressio* e a *surrectio*, também consideradas exercício inadmissível de situações jurídicas subjetivas pelo enunciado 412, da V Jornada de Direito Civil.

Caso um indivíduo deixe de exercer, por período prolongado, determinado direito ou situação jurídica que lhe era favorável, exsurge daí uma expectativa da contraparte nesse sentido. Assim, evidenciada a inércia do titular de um direito por longo espaço de tempo, em nome do preceito da boa-fé e da proteção à confiança despertada na outra parte de que a situação assim permaneceria, ocorrerá a perda desse mesmo direito que tanto tardou a ser reivindicado. Tal fenômeno consubstancia a *suppressio*. Na *surrectio*, a perspectiva é invertida. Se uma pessoa exerce determinado direito ou se beneficia de certa posição jurídica por um período considerável sem qualquer manifestação

²⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 72.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 79.

²⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 674.

da parte a quem era dado se opor, haverá a sua incorporação na esfera jurídica daquele que vem se beneficiando ao longo de todo esse tempo.²⁹⁷

Segundo ressaltam CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, a *suppressio* e *surrectio*, assim como o *venire contra factum proprium*, são manifestações da teoria do abuso do direito que pressupõem a quebra do princípio da confiança²⁹⁸. Oportuno reproduzir, nesse sentido, a conclusão a que chegou FELIPE PIRES PEREIRA de que "na função de baliza para averiguação da licitude no exercício dos direitos (isto é, num dos critérios do abuso do direito), a boa-fé fundamenta a criação de normas de limitação ao exercício de posições jurídicas, como nas hipóteses de abuso do direito por *venire contra factum proprium*, *suppressio/surrectio*"²⁹⁹.

2.4 ASPECTOS SOBRE O ALCANCE TERMINOLÓGICO DA EXPRESSÃO ABUSO DO DIREITO

Vimos que a expressão abuso do direito foi alvos de críticas, sendo a mais célebre a de Planiol, que tachou a expressão *usage abusif des droits* de logomaquia. Embora sejam diversas as expressões utilizadas pela doutrina para tratar do abuso do direito, a este se referindo ora como exercício inadmissível de posições jurídicas, ora como exercício disfuncional, ou, ainda, como exercício antissocial, exercício anormal ou mesmo exercício irregular, prevalece, mesmo com ressalvas, a predileção pela expressão abuso do direito para designar o instituto em comento³⁰⁰.

O emprego desta denominação não deve, contudo, vir desacompanhado de clareza científica, pois, conforme realçado por MENEZES CORDEIRO, "'abuso do direito' é uma expressão consagrada para traduzir, hoje, um instituto multifacetado, internamente

²⁹⁷ José Fernando Simão aponta o art. 330 do Código Civil como hipótese de manifestação da *suppressio* e *surrectio*: "[o] pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato". Em outro trecho, o autor observa que, enquanto a *suppressio*, necessariamente, pressupõe uma conduta omissiva, pode o *venire* resultar da incompatibilidade entre duas condutas comissivas. Sem prejuízo, pode haver *venire* na situação em que uma conduta omissiva seja sucedida por uma comissiva. SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 194 e 199.

²⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6. p. 146.

²⁹⁹ PEREIRA, Felipe Pires. *O abuso do Direito nas relações possessórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 227-228.

³⁰⁰ Trata-se, aliás, de expressão consagrada "aqui e no estrangeiro (*l'abus de droit, abuse of right, abuso del diritto, abuso del derecho*)", como destaca RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 116-117.

complexo e que prossegue, *in concreto*, os objectivos últimos do sistema"³⁰¹. Torna-se relevante, portanto, desvendar o significado e alcance imbricados nessa tão controvertida justaposição de palavras.

2.4.1 O significado da palavra abuso

Sob um viés semântico, o termo “abusar” traz sentidos diversos, sempre dotados de carga negativa, seja em maior ou menor grau. O dicionário de sinônimos e antônimos *Houaiss* aponta como substitutos da palavra “abuso” os termos “afronta”, “arbitrariedade”, “atrevimento”, “excesso”, “incômodo” e “violação”, este último com conotação sexual³⁰².

A título ilustrativo, a acepção negativa da palavra pode ser claramente observada na música “*Você abusou*”³⁰³, na qual o verbo “abusar”, empregue no pretérito perfeito, é citado diversas vezes no popular refrão: “Você abusou, tirou partido de mim, abusou”. O famoso samba, entoado por diversos e renomados músicos, associa o abuso ao “desamor” ou a “sofrer dor”, conforme trechos da própria canção.

Constata-se que, no significado mais comum, o verbo “abusar” costuma ser empregado para traduzir a intenção de tirar proveito de uma situação ou da confiança ou liberdade depositadas por outrem. No seu sentido dotado de maior gravidade, pode significar assediar ou molestar³⁰⁴.

A palavra carrega, assim, uma imoralidade intrínseca, o que leva à imediata conclusão de ser o comportamento abusivo alvo de desaprovação pela coletividade, razão pela qual não poderia ser deixado de lado pela ciência do Direito. Nesse contexto, JORGE AMERICANO afirma que, “tambem, no direito, diremos *abuso* o seu desvirtuamento, o descomedimento no seu exercício, a indevida applicação de um princípio, a consequencia

³⁰¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e. *Tratado de Direito Civil Português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p 247.

³⁰² VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos*. 3. ed. São Paulo: Publifolha, 2013.

³⁰³ Canção de Antônio Carlos e Jocáfi.

³⁰⁴ Veja, aqui, ter sido este o significado adotado pelo Código de Processo Civil no art. 699: “Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista”.

exagerada que delle tiramos"³⁰⁵. Curioso notar que o substantivo "abuso" e o verbo "abusar" surgem em uma certa quantidade no Código Civil de 2002, nenhuma delas, porém, no art. 187, que, como visto, encerraria justamente o conceito adotado pelo legislador com relação ao abuso do direito.

O "abuso" é citado pela primeira vez no art. 50³⁰⁶, a fim de tratar do abuso da personalidade jurídica, que pode se dar pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, casos em que é cabível a sua desconsideração, sendo novamente mencionado ao final do dispositivo. Em seguida, o "abuso" aparece no capítulo relativo à "locação de coisas"³⁰⁷, a fim de contemplar a possibilidade de o locador rescindir o contrato e buscar reparação no caso de o locatário, incidindo em abuso, causar danos ao objeto locado. Ele também está presente no art. 670³⁰⁸, no qual o "abuso" é definido como o ato do mandatário que deixa de entregar determinada quantia ao mandante, ficando com ela para si.

Por fim, o "abuso" está presente duas vezes no livro IV, que trata do Direito de Família: a primeira, com relação ao abuso de autoridade pelo pai ou pela mãe³⁰⁹, que pode ensejar a perda do poder familiar, e a segunda relativa à tutela, em que é prevista a impossibilidade do seu exercício no caso de abuso anteriormente praticado³¹⁰. Perceptível, assim, que, sempre que mencionado, o abuso está associado à ideia de censura, demandando a proibição do comportamento abusivo em qualquer de suas formas pelo ordenamento jurídico.

³⁰⁵ AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932. p. 4, grifo do autor.

³⁰⁶ Art. 50. "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso".

³⁰⁷ Art. 570. "Se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos".

³⁰⁸ Art. 670. "Pelas somas que devia entregar ao mandante ou recebeu para despesa, mas empregou em proveito seu, pagará o mandatário juros, desde o momento em que abusou".

³⁰⁹ Art. 1.637. "Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão".

³¹⁰ Art. 1.735. "Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: [...] V - as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores".

2.4.2 O alcance do exercício de um direito para a caracterização do abuso

Conforme já visto, o art. 187 do Código Civil de 2002 prevê a limitação do exercício do direito pelos seus fins econômicos ou sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes. Traçada uma análise sobre cada uma dessas balizas, passa-se a uma tentativa de extrair o significado do exercício de um direito no contexto do ato abusivo na busca de uma melhor compreensão do instituto. Para atingir esse intento, faz-se necessário, em um primeiro momento, compreender a abrangência do termo direito.

Recorda LIMONGI FRANÇA que o significado da palavra direito vem do latim *directum*, significando que "o direito deve ser uma *linha direta*, exatamente conforme a *regra*. Assim, fundamentalmente, é direito aquilo que está conforme as leis"³¹¹. Ao prosseguir tratando da abrangência desse conceito, afirma que o Direito - agora com letra maiúscula - corresponde ao "conjunto das regras sociais que disciplinam as obrigações e poderes referentes à questão do meu e do seu, sancionadas pela força do Estado e dos grupos intermediários"³¹².

Realmente, o termo "direito" reúne mais de um significado, a começar pela divisão doutrinária iniciada no século XIX entre direito objetivo e direito subjetivo³¹³. Como lembra PAULO NADER, a língua inglesa utiliza a palavra *right* para se referir a direito subjetivo e *law* com o significado de direito objetivo ou de lei. Já nas línguas neolatinas, o termo é o mesmo para ambas as hipóteses, sendo o direito passível de identificação como subjetivo ou objetivo apenas quando inserido em um contexto. Se empregado no plural ou dentro da expressão "ter direito a", normalmente se está referindo ao direito no seu aspecto subjetivo.³¹⁴

Há que se reconhecer, assim, a distinção entre o direito objetivo, isto é, o conjunto de normas que rege a sociedade, e o direito subjetivo, que corresponderia, por assim dizer, à faculdade de agir (*facultas agendi*) conforme tais preceitos³¹⁵. Para que haja

³¹¹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Manual de Direito Civil*. 2. ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. v. 1. p. 17, grifo do autor.

³¹² *Ibid.*, p. 20.

³¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

³¹⁴ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 300.

³¹⁵ Válido, ainda, conferir a definição de Orlando Gomes de direito subjetivo como "um interesse protegido pelo ordenamento jurídico mediante um poder atribuído à vontade individual". GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 84. Para Jorge Manuel Coutinho de Abreu: "[o]s

direito subjetivo, é necessário o seu amparo pelo direito objetivo, de modo que este não existe sem aquele e vice-versa.³¹⁶

Essa distinção assume relevo considerável para a teoria do abuso do direito, sendo invocada para refutar as críticas de PLANIOL e DUGUIT por JOSSERAND, ao sustentar que um ato poderia ser simultaneamente conforme e contrário ao direito, já que a palavra envolve significados distintos, podendo designar tanto a ciência jurídica ou o direito objetivo de um modo geral como determinada prerrogativa ou direito subjetivo específico. O abuso do direito residiria, assim, na possibilidade de determinado direito subjetivo ser exercido contrariamente ao direito como um todo, da mesma forma que, segundo comparação feita pelo autor, uma arma lícita pode ser usada para cometer delitos.³¹⁷

Nessa toada, ressalta-se que o abuso do direito, tal como concebido inicialmente, levou em consideração somente a ideia de direito subjetivo. No entanto, gradativamente, percebeu-se como mais complexa a noção de direito sob o ponto de vista do indivíduo posicionado face às normas de organização social (direito objetivo), não se mostrando como suficiente o conceito de direito subjetivo. As diversas nuances e desdobramentos percebidos passaram, assim, a ser analisados argutamente pela doutrina.

Cabe, aqui, a crítica formulada por MIGUEL REALE à tendência de reduzir todas as categorias individuais ao direito subjetivo. Na esteira desse raciocínio, refere-se ao gênero situação subjetiva, definida como a “possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito”. O conceito de situação subjetiva, mais amplo, abrangência, além do direito subjetivo, o por ele denominado interesse legítimo e o poder.³¹⁸ Prossegue o jurista assinalando que o direito subjetivo corresponderia, especificamente, à situação subjetiva de “exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”, ou, por outras palavras,

direitos subjectivos são instrumentos para as pessoas prosseguirem interesses, são meios de satisfação de necessidades pessoais". ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 43. E, de acordo com Francisco Amaral, "[d]ireito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento". AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 287.

³¹⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 300.

³¹⁷ JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 24.

³¹⁸ Esta definição de situação jurídica não deve ser confundida com a adotada por Duguit, que, diversamente, nega a noção de direito subjetivo.

“a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem”³¹⁹.

Para além do direito subjetivo, cita-se o poder. Nesta situação subjetiva, não há um direito contraposto a um dever, ou uma prestação correlata a uma contraprestação. Frise-se, ainda, que, diversamente do direito subjetivo, disponível, não pode o titular se eximir de praticar as funções inerentes ao seu poder ou dele dispor³²⁰. Sob esse prisma, mostra-se equivocado tratar o poder familiar como um direito subjetivo dos pais com relação aos filhos. Em realidade, este poder envolve um feixe de direitos e deveres, um amálgama normativo estatuído não no interesse dos pais, mas, sim, para atender ao regular desenvolvimento da prole e em respeito aos anseios da sociedade.³²¹

Acompanhando a definição proposta por MIGUEL REALE, FRANCISCO AMARAL conceitua a situação jurídica como “conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles exercem”. Cuidar-se-ia, portanto, de uma categoria mais ampla que comporta tanto o direito subjetivo propriamente dito como todas as “diversas manifestações de poder e de dever contidas na relação jurídica”, ao passo que a relação jurídica corresponderia à “síntese de situações jurídicas correlatas”.³²²

Sem se pretender aprofundar o conceito de direito subjetivo ou de situação jurídica, assim como as divergências e diferentes noções envolvidas, o que demandaria um

³¹⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 259.

³²⁰ *Ibid.*, p. 262.

³²¹ *Ibid.*, p. 261.

³²² A partir daí, o autor distingue entre as situações jurídicas objetivas, isto é, aquelas que resultam da própria norma que as define, a exemplo da situação de cônjuge ou de pai, e as situações jurídicas subjetivas, que resultam da manifestação de vontade particular, citando como exemplos a situação de comprador e de locatário. Enquanto nas primeiras, predominaria o dever, nestas os direitos prevaleceriam sobre os deveres. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 285-286. Menezes Cordeiro define as situações jurídicas como as diferentes categorias que a metodologia jurídica desenvolve para avaliar o agir humano, a partir da produção de efeitos pelos fatos jurídicos. Entre as situações jurídicas elencadas estão os direitos subjetivos, os direitos potestativos e os poderes, sendo o pátrio poder considerado uma situação jurídica ativa de poder funcional. Para um exame sobre o tema, cf. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 1999. v. 1, t. 1. p. 99-147. Divergindo de Francisco Amaral, Oliveira Ascensão define a situação jurídica como um conceito mais amplo que o de relação jurídica. A posição jurídica, por sua vez, corresponderia à posição de um sujeito ou à posição comum de vários sujeitos. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002. v. 3. p. 10. Fernando Noronha define posição jurídica como um “conjunto dos direitos subjetivos em sentido estrito, direitos potestativos, simples expectativas de direitos, deveres jurídicos, ônus etc. que uma pessoa tem, numa determinada situação jurídica”, sendo comum se referir ao *status* para tratar de determinada posição jurídica, a exemplo do *status* de filho. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 87.

trabalho específico e se distanciaria do tema central da presente dissertação, objetiva-se demonstrar com a exposição até então recorrida o mais amplo espectro jurídico sobre o qual poderia se dar a aplicação da teoria do abuso do direito na repressão de comportamentos inadmissíveis. Nesse sentido, aliás, o entendimento de MENEZES CORDEIRO:

O exercício inadmissível, por disfuncionalidade, face ao sistema, foi fixado como referência ao direito subjetivo; nessa base surgiu, aliás, a doutrina inicial do abuso do direito. O tratamento típico dos exercícios ditos abusivos mostrou que o fenômeno pode ocorrer em situações irreduzíveis a direitos subjectivos num sentido estrito: poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades colocam-se, em certas circunstâncias, perante o sistema, numa sequência tal que a sua actuação, contrariando a boa-fé, torna-se, na linguagem do Código Civil, 'ilegítima'. O âmbito da inadmissibilidade do exercício, limitado ao direito subjectivo, numa visão histórica e nuclear-explicativa, deve ser alargado.³²³

Com efeito, diversas são as espécies de situações subjetivas que transbordam o conceito de direito subjetivo no seu sentido estrito, o que não quer dizer que não mereçam a mesma proteção jurídica. Não devem escapar, assim, dos preceitos éticos traçados pelo ordenamento jurídico, sob pena de incorrer em um formalismo estrito e que não interessa à pacificação e ao bem-estar social.

Coloca-se, ainda, a questão de saber se é possível abusar de qualquer direito ou se haveria direitos insuscetíveis de aplicação do abuso do direito. Nesse ponto, relevante ressaltar a posição de JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, inicialmente indo ao encontro do posicionamento de MENEZES CORDEIRO quando destaca que "a palavra direito tem de ser entendida em sentido muito amplo, envolvendo toda e qualquer prerrogativa jurídica subjetiva, os 'poderes', as 'faculdades', as 'liberdades'"³²⁴, posteriormente deste divergindo

³²³ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 898. No mesmo sentido Judith Martins-Costa afirma que o art. 187 prevê "uma ilicitude no modo de exercício de posições jurídico-subjetivas - não apenas direitos subjetivos, em sentido técnico, porém, por extensão, também poderes, liberdade, pretensões e faculdades". MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 670-672. Em sentido contrário, reproduz-se a opinião de Oliveira Ascensão: "[o] abuso nasceu da problemática específica do direito subjetivo. Poderá abranger situações jurídicas equivalentes, mas não poderes genéricos, como a faculdade de contratar, cuja distinção da própria categoria da capacidade é difícil". ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz Alves, Jones Figueirêdo Alves (coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos contratos*. São Paulo: Ed. Método, 2005. p. 39.

³²⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 67.

ao sustentar que determinados direitos potestativos³²⁵ seriam insindicáveis em termos de abuso do direito, a exemplo do direito de requerer o divórcio e o de pedir a anulação de um negócio jurídico³²⁶. Nessa linha, recorda-se o entendimento de JOSSERAND, acima exposto, no sentido de que os direitos denominados não causados não se sujeitariam à repressão pelo abuso do direito³²⁷. Modernamente, no entanto, a teoria do abuso do direito tem sido aplicada cada vez mais aos direitos potestativos tanto pela doutrina³²⁸ como pela jurisprudência³²⁹, que repelem o seu caráter absoluto.

Assim, todas as situações jurídicas devem respeitar seus fins econômicos e sociais, a boa-fé e os bons costumes, sendo o desborde de tais balizas considerado, do mesmo modo, comportamento antijurídico.

Traçadas tais premissas, verifica-se que a teoria do abuso do direito não se restringe ao exercício de direitos subjetivos estritamente considerados, podendo abranger, por exemplo, o poder familiar³³⁰. À luz desse pensamento, LUIZ FERNANDO SALLES ROSSI reprova a opção do legislador pelo termo “direito” ao redigir o art. 187 do Código Civil,

³²⁵ Segundo Orlando Gomes, direitos potestativos são aqueles em que "a faculdade de agir do titular não se correlaciona a uma prestação de outrem", sendo que esse o exerce "independentemente da vontade de quem deve sofrer as consequências do exercício". Conclui, assim, que o "direito potestativo não é, propriamente falando, direito subjetivo, por lhe não ser correlata uma obrigação". GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 81. Na definição de Menezes Cordeiro, corresponderia ao "poder de alterar, unilateralmente, através de uma manifestação de vontade, a ordem jurídica", sendo a situação jurídica passiva correspondente a sujeição. MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2011. t. 1. p. 127 e 143.

³²⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *op. cit.*, p. 71-73.

³²⁷ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 416-418.

³²⁸ MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 898; RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 169.

³²⁹ A ilustrar, colaciona-se recente julgado proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, que reconheceu o abuso do direito na conduta do empregador que demitiu, valendo-se de um simples telegrama, um funcionário que trabalhava há mais de trinta anos na empresa com excelente reputação. Entendeu-se, na hipótese, que a dispensa atentou contra a finalidade social deste direito potestativo, sendo mantida a condenação do empregador a indenizar o empregado com fundamento no abuso do direito objetivamente considerado. Segundo trecho do voto proferido, "[t]al ato configura tratamento que não pode ser considerado meramente deselegante, mas sim despótico, precisamente porque extrapola os limites de tolerância de qualquer ser humano" (TST, Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 578-73.2015.5.02.0060, Rel. Min. Cláudio Brandão, 7ª Turma, j. 30.10.2019).

³³⁰ Caio Mário da Silva Pereira conceitua o direito subjetivo como o “poder da vontade, para a satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica”. Sobre o poder familiar, disciplina que “há, à semelhança do que ocorre no direito subjetivo, um poder e um dever mas a sua característica distintiva está em que o poder é exercido no interesse do próprio titular do dever. É o que se dá no poder familiar, outrora designado como pátrio poder, quando a lei dá autoridade aos pais para educar e para administrar o patrimônio dos filhos [...] e determina-lhes o dever de obediência, tudo no interesse dos filhos, sujeito passivo desta relação jurídica”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

visto que o vocábulo poderia levar à indevida exclusão de outras situações jurídicas, as quais também devem observar as diretrizes indicadas na norma.³³¹

Prossegue o autor em desaprovação à escolha do termo “exercício” com relação ao direito, visto que poderia acarretar a indevida interpretação de que o dispositivo teria incidência restrita às hipóteses de atuação, quando, em verdade, o abuso poderia restar configurado também perante comportamentos omissivos.³³² Nesse ponto, reproduz-se a afirmação de PONTES DE MIRANDA de que “[a] expressão 'abuso do direito' compreende qualquer exercício irregular, inclusive por ato negativo”³³³.

De fato, em que pese o art. 187 do Código Civil de 2002, assim como o art. 334 do Código Civil português, se refira ao exercício de um direito, o que parece compreender um comportamento ativo, sustenta-se que o abuso do direito pode restar caracterizado tanto diante de uma atuação como de uma omissão. Este posicionamento também é adotado, por exemplo, por JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU³³⁴, HELOISA CARPENA³³⁵ e por JOÃO MANUEL DE CARVALHO SANTOS, que, ainda na vigência do Código Civil de 1916, afirmou que o comportamento abusivo poderia restar caracterizado também nas hipóteses de inação e de silêncio, sob o fundamento de que “a ninguém é lícito calar, quando evidentemente dêsse silêncio resulta prejuízo a outrem”³³⁶, assim arrematando: “[s]e, com efeito, eu tenho o direito de não responder a uma oferta que me fazem, não tenho, porém, o direito de abusar do meu silêncio, quando me calando vou prejudicar cientemente a outrem”³³⁷. Por conseguinte, tem se admitido a sua caracterização mesmo em face de uma não atuação, desde que preenchidos os seus requisitos, os quais variarão a depender da concepção adotada, se objetiva ou subjetiva.

³³¹ ROSSI, Luiz Fernando Salles. O abuso de direito nas relações de família. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodoro de Almeida (coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 91.

³³² *Ibid.*, p. 91.

³³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 120.

³³⁴ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2006. p. 68.

³³⁵ CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 393.

³³⁶ CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado*: principalmente do ponto de vista prático, parte geral (arts. 114-179). 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v. 3. p. 368.

³³⁷ *Ibid.*, p. 369. Em continuidade, também haveria abuso se essa omissão, apesar de não intencional, fosse culposa, isto é, decorrente da negligência daquele que se omitiu. *Ibid.*, p. 370.

2.4.2.1 *Compreendendo o advérbio manifestamente*

Ainda com relação ao alcance do exercício abusivo, evidencia-se a necessidade de um aparte para aclarar a intenção do legislador ao inserir no art. 187 o advérbio "manifestamente", também mencionado nos respectivos dispositivos dos diplomas civilistas português, grego e suíço que influenciaram a sua redação no Código Civil de 2002.³³⁸ A doutrina também é controvertida em relação ao seu significado no contexto do ato abusivo e à importância de o excesso ser ou não manifesto para a configuração do abuso do direito no caso concreto.

De um lado, SERGIO CAVALIERI FILHO defende a importância da utilização do advérbio "manifestamente" na lei, sob a justificativa de que o seu emprego na letra do art. 187 serviria à limitação ao arbítrio do julgador, demandando uma fundamentação mais robusta ao aplicar o abuso do direito no caso concreto.³³⁹ Também elogiando a opção por inserir referido advérbio, mas por outro viés, OLIVEIRA ASCENSÃO sustenta que apenas o excesso manifesto seja reprimido pela figura do art. 187, sob pena de o menor desvio já ser suficiente para asoberbar o sistema de justiça.³⁴⁰

Na direção oposta, HELOISA CARPENA entende que não deve ser exigido um transbordamento exagerado aos limites trazidos pelo art. 187 do Código Civil para caracterizar o abuso do direito, ou, tampouco, que o excesso seja "ostensivo, facilmente notado". Bastaria "a inobservância dos limites axiológicos para caracterizá-lo, sem contemplação de sua extensão ou evidência".³⁴¹

Nessa linha de entendimento, mais extrema é a posição de MENEZES CORDEIRO ao desqualificar por completo o advérbio inserido, considerando-o demasiado sentimental, nada além de uma "adjetivação enérgica". Além disso, finaliza com a reflexão precisa de que, a se exigir o exercício manifesto para configurar abuso, restariam alijadas da figura a violação à boa-fé, aos fins sociais ou aos bons costumes realizada em segredo, o que leva à

³³⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, v. 4. p.1012.

³³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 159.

³⁴⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. *In*: DELGADO, Mário Luiz Alves, Jones Figueirêdo Alves (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no Direito das Obrigações e dos contratos*. São Paulo: Ed Método, 2005. p. 40.

³⁴¹ CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 392-393.

conclusão de que o termo "manifestamente" assim empregado simplesmente "não faz sentido".³⁴²

2.4.3 Abuso de ou do direito?

Em sua obra, GEORGES RIPERT ressalta que a incerteza que permeia o abuso do direito já começa pela própria locução que o nomeia: afinal, "[d]everá dizer-se *abuso do direito* ou *abuso dum direito*"³⁴³?

Como ressalta PONTES DE MIRANDA, a expressão "abuso *de* direito" estaria equivocada. Em arguta explicação, destaca haver "estado *de* fato" e "estado *de* direito", mas não "abuso *de* fato" ou "abuso *de* direito". Isso porque não haveria abuso de um direito pura e simplesmente, mas do direito que se tem. Aliás, assim é a expressão traduzida do francês *abus du droit*, como no artigo "*L'Abus du droit*", de J. CHARMONT, publicado em 1902 na *Révue Trimestrielle de Droit Civil*.³⁴⁴

Compreendida a lição acima, ousa-se acrescentar um novo olhar sobre a questão da nomenclatura. Isso porque o uso da partícula "de" é mais usual que o da partícula "do", ao menos no Brasil. De fato, diversas são as obras, dos mais renomados autores, que fazem referência ao abuso de direito, sendo a expressão abuso do direito menos utilizada³⁴⁵.

Observa-se que FLAVIO TARTUCE reconhece o uso de ambas as expressões, referindo-se tanto ao abuso de direito como ao abuso do direito para, depois, optar pela expressão abuso de direito por compreender que ela seria a primeira a ser aplicada no Brasil "sob os pontos de vista didático, metodológico e gramatical" e que essa forma, no lugar de exprimir um abuso autorizado pelo Direito, traduziria o "abuso de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico"³⁴⁶. Ressalta-se, ainda, que os enunciados do

³⁴² MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. 5. p. 241.

³⁴³ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937. p. 163, grifo do autor.

³⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 117.

³⁴⁵ Para corroborar o quanto exposto, pede-se ao atento leitor que, rapidamente, confira as referências bibliográficas trazidas ao final do presente trabalho, que bem demonstram o uso, já nos respectivos títulos, ora da expressão "abuso de direito", ora de "abuso do direito".

³⁴⁶ TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *Revista jurídica luso-brasileira*, Lisboa, . v. 1, n. 6, p. 447-472, 2015. p. 450.

Conselho da Justiça Federal (CJF) também utilizam as duas formas para se referir ao instituto³⁴⁷.

Também a título ilustrativo, atenta-se para o seu uso na jurisprudência dos tribunais. Na ferramenta de pesquisa disponibilizada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a busca pela expressão “abuso de direito” levou a 67.689 resultados, ao passo que a consulta da expressão “abuso do direito” trouxe 32.211 ocorrências³⁴⁸. Já no Superior Tribunal de Justiça, a mesma pesquisa revelou, respectivamente, 444 e 391 acórdãos³⁴⁹.

Nesse diapasão, conquanto valiosíssima a advertência de PONTES DE MIRANDA, entende-se que o uso da forma “abuso de direito” não estaria equivocado. Decerto, também tal expressão poderia se referir ao abuso de um direito específico, se considerado o artigo indefinido “um” como nela implícito. Tratar-se-ia, assim, do “abuso de [um] direito” ou do “abuso de [determinado(s)] direito[(s)]”.

Afinal, quando nos referimos ao instituto genericamente, ainda não há como se precisar qual direito foi exercido manifestamente além dos limites impostos pela lei. Assim, não haveria obstáculo na referência ao abuso de direito, pois o que se pretende frisar, aqui, é a impossibilidade de exercer um direito abusivamente, qualquer que ele seja³⁵⁰.

Para fins didáticos, seria possível afirmar, por exemplo, que o ordenamento jurídico brasileiro veda o abuso de direito, o que leva à antijuridicidade do abuso do direito de propriedade, cujo exercício deve respeitar a sua função social. Percebe-se, por conseguinte, não haver impedimento no uso da expressão “abuso de direito” no contexto teórico, isto é, quando se pretende tratar do instituto no plano dogmático, sem fazer referência a um direito específico.

³⁴⁷ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>. Acesso em: 31 out. 2019.

³⁴⁸ Conforme pesquisa realizada em 01 de janeiro de 2020 em consulta ao *site* <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> com a seleção de busca por “acórdãos”.

³⁴⁹ Conforme pesquisa realizada em 01 de janeiro de 2020 em consulta ao *site* <https://scon.stj.jus.br/SCON/index.jsp?novaPesquisa> com a seleção de busca por “acórdãos”, desmarcando a opção de busca por sinônimos.

³⁵⁰ Ressalte-se que até mesmo a doutrina francesa faz uso de ambas as expressões. Como exemplo, cita-se a obra de Saleilles, que ora se refere ao *abus du droit* e ora trata do *abus de droit*, demonstrando predileção por esta última fórmula. SALEILLES, Raymond. *Étude sur la Théorie Générale de L'Obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. p. 370-373.

Consagradas ambas as locuções tanto na doutrina quanto na jurisprudência, cabível a lúcida observação de JORGE AMERICANO: "[p]ouco importa [...] que a denominação não seja rigorosa, desde que se exprima o que se quer"³⁵¹.

De toda forma, traçadas as premissas acima no sentido do correto e indistinto emprego de ambas as expressões para tratar conceitualmente do instituto, optou-se por privilegiar, neste trabalho, o uso da expressão abuso do direito, na medida em que exprime a tradução mais aproximada da expressão francesa que originalmente designou o instituto: *abus du droit*.

³⁵¹ AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932. p. 8.

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO ÀS SITUAÇÕES JURÍDICAS FAMILIARES

O livro "Uma noite, Markovitch", escrito pela israelense AYELET GUNDAR-GOSHEN³⁵², narra a história de Iaakov Markovitch, um sujeito descrito como "um glorioso meio-termo", que parte da então Palestina em uma missão para salvar jovens judias às vésperas da Segunda Guerra Mundial. Segundo o arranjo, Markovitch e outros homens se casariam com essas mulheres, tendo em vista um direito previsto em lei que lhes assegurava deixar a Europa em razão do casamento com estrangeiros e, após a chegada na Palestina, ocorreria o divórcio de suas esposas arranjadas, permitindo que essas fossem livres na nova terra.

Markovitch, no entanto, acaba vendo a sua vida, até então mediana, mudar quando é sorteado para se casar com Bella, a mais linda mulher que já vira, e, contrariando as expectativas de todos, principalmente as da nova esposa, recusa o divórcio quando chegam no destino, acreditando que, um dia, ela poderia vir a amá-lo. Embora Markovitch sofra a sanção moral dos que o cercam, o seu direito de recusar o divórcio perante o tribunal rabínico não pode ser questionado externamente, restando a Bella somente recorrer a conhecidos em comum para convencer Markovitch a reconsiderar sua decisão.

A história bem ilustra uma situação familiar em que o sujeito, no caso, Markovitch, se vale de um direito então considerado absoluto, o de conceder ou não o divórcio, restando a Bella apenas se sujeitar à condição formal de esposa, por mais distante que se sentisse na realidade dessa posição. Evidencia-se, no exemplo da literatura, o abuso praticado pelo protagonista ao perpetuar um casamento artificialmente contraído unicamente porque a lei assim o autorizava, em desatenção à finalidade socialmente aceita do matrimônio.

Em que pese o divórcio não ser mais dificultado pela legislação brasileira, especialmente com o advento da Emenda Constitucional 66³⁵³, de 2010, que suprimiu a necessidade de prévia separação judicial ou de fato para a sua decretação, é possível cogitar outras hipóteses de exercício abusivo de posições jurídicas no âmbito das relações

³⁵² GUNDAR-GOSHEN, Ayelet. *Uma noite, Markovitch*. São Paulo: Todavia, 2018.

³⁵³ Nesse ponto, vale destacar o teor do enunciado 514, do CJF, da V Jornada de Direito Civil: "[a] Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial".

familiares que devem ser coibidas pelo ordenamento. Nesse contexto, valiosa a lição de PONTES DE MIRANDA no sentido de que todas as relações jurídicas são relações de adaptação, que, dado o seu caráter dinâmico, são conciliáveis. Confira-se:

Os direitos toparam uns nos outros. Cruzam-se. Molestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar o outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito. [...] Há limites aos direitos e há abusos sem traspasar limites. Não se confundam limitação aos direitos e reação ao abuso de direito. Quando o legislador percebe que o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce, é nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista. [...] O estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos, que os direitos se fazem.³⁵⁴

Se, conforme ensina PONTES DE MIRANDA, os direitos se esbarram, tem-se que a teoria do abuso do direito pode ser aplicada aos mais diversos campos do Direito, tanto na esfera material, quanto processual. Tal constatação não é diferente no Direito de Família, o que faz com que a teoria do abuso do direito possa ser aplicada também nesse campo.

Na esteira dos ensinamentos de TERESA ANCONA LOPEZ, a figura do abuso do direito é, de fato, passível de aplicação a qualquer prerrogativa e em todas as esferas jurídicas, pública ou privada, patrimonial ou existencial. Para haver abuso, bastaria o exercício em dissonância aos valores e princípios do sistema, acabando por atingir outros interesses dignos de proteção.³⁵⁵

Assim, no controle valorativo, não seria necessário que o indivíduo agisse de má-fé, exigindo-se, em seu lugar, a constatação do exercício de determinada situação jurídica contrariamente ao seu fim econômico-social, à boa-fé objetiva ou aos bons costumes. Nesse sentido, desponta o pensamento de EDUARDO NUNES DE SOUZA, segundo o qual, para haver abuso do direito, a contrariedade não precisaria se dar unicamente aos casos previstos no art. 187 (fim econômico-social, boa-fé e bons costumes), bastando o exercício de determinada posição jurídica de forma avessa à função desta, o que "permite

³⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atual. por Rui Stoc. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53. p. 114.

³⁵⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4. p.1010.

estender a aplicação da figura também às relações de natureza existencial, na medida em que tais situações, sendo dotadas de um perfil funcional, são passíveis de exercícios contrários a esse perfil"³⁵⁶.

ORLANDO GOMES, do mesmo modo, salienta que a teoria do abuso do direito pode ser aplicada tanto na esfera patrimonial como existencial, o que acaba por admitir a sua aplicação às relações familiares³⁵⁷, estruturas estas que, apesar de abrangerem aspectos relativos ao patrimônio, são dotadas, marcadamente, de um caráter extrapatrimonial. Além disso, conforme visto alhures, não se trata, unicamente, de vedar o exercício abusivo de direitos subjetivos, mas, também, de situações jurídicas, conceito que abrange os poderes, interesses e outras posições juridicamente tuteladas.

Na verdade, não é estranha a sua incidência no âmbito das relações familiares. Desde a origem do estudo do instituto, muitos casos de abuso constatados na jurisprudência francesa eram relativos ao direito de família, conforme extensa análise feita por JOSSERAND³⁵⁸. Deveras, significativa parcela da doutrina reconhece a projeção da teoria do abuso do direito às situações jurídicas familiares³⁵⁹, sendo trazidos, de modo exemplificativo, a proibição de visita pelos avós como expressão do abuso do poder familiar, a recusa à realização de exame de DNA na investigação de paternidade como abuso do direito à integridade física e, ainda, o rompimento vexatório do noivado como abuso do direito à revogação inerente às escolhas existenciais³⁶⁰.

³⁵⁶ SOUZA, Eduardo Nunes. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: v. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. p. 2278.

³⁵⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 102-103. No mesmo sentido, CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 153.

³⁵⁸ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 93-123.

³⁵⁹ Cf. além dos já citados: AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 314; CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do Direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 195-202; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 160; MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95. p. 75. TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *Revista jurídica luso-brasileira*, Lisboa, . v. 1, n. 6, p. 447-472, 2015. p. 459.

³⁶⁰ SOUZA, Eduardo Nunes. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: v. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. p. 2293. Francisco Amaral afirma que o abuso do direito pode ser verificado nas relações familiares, dando como exemplo as seguintes situações: "escolha da residência ou domicílio da família por qualquer dos cônjuges, ou pelo cônjuge separado ou divorciado que detém a guarda dos filhos menores ou inválidos; o abuso no pedido de separação judicial e no direito de impedir o casamento dos filhos menores; o exercício do poder familiar na proibição de visita aos avós". AMARAL, Francisco. *op. cit.*, p. 314.

Ocorre que, não obstante a doutrina admita a sua aplicação às relações jurídicas familiares, o instituto, por vezes, acaba sendo ora inteiramente negligenciado, ora relegado a segundo plano nessa seara. Relevante tratar do abuso do direito no Direito de Família, de modo a evidenciar, tanto quanto possível, a sua incidência nas relações de filiação e, também, nas relações conjugais e de união estável. Passa-se, assim, ao aprofundamento do tema central do presente trabalho.

3.1 O CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA

Na lição de JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, a família, antes de conformado o conceito jurídico, constitui uma realidade sociológica, simultaneamente base do Estado e instituição que, inclusive, o antecede. Recorda, nessa medida, que a união das pessoas em entidades familiares já existia entre os antigos, precedendo a organização política da sociedade de maior complexidade. Destaca, assim, uma "profunda transformação, ao longo dos séculos, quer na constituição, quer na estrutura da família", considerada "o núcleo social primário mais importante que integra a estrutura do Estado".³⁶¹

O jurista descreve, em suas lições, as mais importantes alterações na instituição da família ao longo do tempo, a começar pelo Direito Romano. A família romana constituía um conjunto de pessoas agrupadas sob o domínio do *pater familias*. Não havia, desse modo, distinção entre família paterna e materna, mas tão-somente a paterna, sujeitando-se a mulher, todos os descendentes e as noras, indistintamente, à *patria potestas*, que conferia ao patriarca o poder de afastar qualquer de seus membros do grupo familiar ou mesmo de ceifar-lhes a vida segundo os seus próprios desígnios.³⁶²

A família medieval, por sua vez, é marcada por significativa influência do cristianismo. A instituição do casamento foi fortalecida e adquiriu um viés divino, passando a ser considerado o marco do início de uma nova entidade familiar. Nesse período, visualiza-se a separação entre a família materna e a paterna, sendo conferida à mulher posição autônoma em relação à dos filhos. O individualismo romano deu lugar, ainda, a um espírito comunitário, sendo a família enxergada como unidade de produção.³⁶³

³⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito da Família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982. p. 26.

³⁶² *Ibid.*, p. 28-29.

³⁶³ *Ibid.*, p. 31.

Com a Revolução Francesa e a Industrial, o matrimônio despe-se do caráter religioso, tornando-se obrigatório o casamento civil. As pessoas deixam de ver a família como o local principal onde seus membros exerciam o seu ofício, onde os filhos recebiam sua educação e onde era possível obter cuidados relativos à saúde. Com o trabalho exercido fora da casa e de instituições específicas de ensino e assistência, a família passou a constituir um lugar de "refúgio da intimidade das pessoas contra a massificação da sociedade de consumo".³⁶⁴

Sobre esse processo de despatrimonialização e de dessacralização da família, PAULO LÔBO discorre que, inicialmente, a família apresentava outras funções, dentre as quais a econômica, através da qual a sua constituição se dava como espécie de garantia à velhice dos membros mais antigos, motivo pelo qual era comum que tivessem muitos filhos. Hoje, a previdência social desempenha esse papel, o que está relacionado à significativa queda de natalidade³⁶⁵.

O autor também demonstra que os ideais do liberalismo burguês de liberdade, igualdade e fraternidade tardaram a ser adotados no seio familiar, em que prevalecia a figura do pai e marido como soberana, através, respectivamente, do pátrio poder e do poder marital³⁶⁶. Paralelamente a essa mudança estrutural de configuração familiar, houve a evolução do conceito patriarcal de família para estabelecer a igualdade entre o homem e a mulher na sua direção. Trilhando este caminho, a família deixou de ser objeto dos interesses do patriarca para passar a ser considerada como essencial a assegurar a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da personalidade de todos os seus membros.³⁶⁷

No Brasil, a Constituição de 1988 e, mais tarde, o Código Civil de 2002, desempenharam significativo papel nessa mudança de paradigmas. O processo evolutivo no ordenamento jurídico pátrio é descrito por JOÃO AGUIRRE:

A passagem de um sistema primordialmente patrimonial para aquele existencial, que esteia nossa Constituição, resultou em visceral transmutação em nosso ordenamento, especialmente no que tange ao

³⁶⁴ VARELA, João de Matos Antunes. *Direito da Família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982. p. 31-33.

³⁶⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 16-17.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 16.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 33. No mesmo sentido, ver MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e reparação civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 817.

Direito de Família e ao abandono da concepção clássica da família matrimonializada, para a assunção de cânon bastante diverso, em que se privilegia a construção de um projeto existencial e o desenvolvimento da personalidade dos integrantes do núcleo familiar, independentemente da forma ou solenidade havidas em sua constituição. A norma constitucional rompeu com o vetusto sistema clássico para consolidar outra concepção de família, plural e humana, estruturada em vínculos de afeto, solidariedade, igualdade, liberdade e amor, bastante diferente daquela concepção nupcialista em que o vínculo matrimonial representava o único bastião a ser resguardado pelo Estado e pelo qual imperavam o poder marital e a autoridade paternal, como alicerces de um sistema eminentemente patriarcal.³⁶⁸

A Constituição de 1988 tratou da instituição familiar de forma profícua no capítulo VII, sob a rubrica "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", que reúne os arts. 226 a 230. No art. 226, a família foi considerada "base da sociedade", sendo-lhe conferida "especial proteção do Estado", com o reconhecimento da igualdade de direitos do homem e da mulher no âmbito da sociedade conjugal³⁶⁹. No art. 227, foi estabelecido o dever tanto da família quanto da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem seus direitos essenciais, dentre os quais o direito à vida, à saúde, à alimentação e à educação³⁷⁰.

A grande proliferação de dispositivos da Carta Magna envolvendo as relações familiares contribuiu para que a doutrina passasse a tratar da constitucionalização do Direito de Família, defendendo a projeção dos valores constitucionais às relações jurídicas familiares³⁷¹. A partir dos valores e princípios constitucionalmente adotados, a família passou a ser entendida à luz da solidariedade, prevista no art. 3º, I, da Constituição de 1988³⁷², compreendida como "solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros,

³⁶⁸ AGUIRRE, João Ricardo Brandão. A Tutela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 695.

³⁶⁹ Art. 226. "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

³⁷⁰ Art. 227. "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

³⁷¹ Nesse sentido, destaca Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel: "Trata-se, pois, de uma constitucionalização que visa à tutela instrumental da família, uma vez que o texto constitucional é transformado em mecanismo de preservação da pessoa humana e dos atributos a ela inerentes. A proteção constitucional da família tem por objetivo a tutela da própria pessoa, sendo inadmissível atingir a dignidade do indivíduo sob o pretexto de garantir proteção à família enquanto instituição. Em outras palavras, preserva-se a família não apenas por constituir uma célula social importante para a formação do Estado, mas também, por representar um núcleo de formação e desenvolvimento da personalidade e dignidade individual". GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 53.

³⁷² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 17.

principalmente quanto à assistência moral e material" e, em relação aos filhos, como a "exigência da pessoa de ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida, instruída e educada para sua plena formação social"³⁷³. De forma mais específica, a Constituição consagrou no art. 229 o dever atribuído tanto aos pais como aos filhos de prestar auxílio material uns aos outros quando estes forem menores e aqueles atingirem a velhice³⁷⁴.

Recordando a definição de TERESA ANCONA LOPEZ do abuso do direito como um "ato antijurídico cometido pelo titular de um direito, que ao exercê-lo excede os limites impostos pelos valores éticos e sociais do sistema"³⁷⁵, é sob a moldura acima desenhada que o abuso do direito passa a ser analisado nas relações jurídicas familiares, devendo ser reconhecida, assim, a aplicação da teoria do abuso do direito como instrumento de limitação dos atos de autonomia privada no âmbito das relações familiares.

3.2 O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Diante da crescente complexidade das relações humanas, alavancada pelo desenvolvimento tecnológico e grande fluxo de informações que caracterizam a sociedade atual, bem como pela ruptura de padrões e risco à efetividade dos direitos, o princípio da confiança se tornou cada vez mais valorizado.

Consoante lição de CRISTIANO CHAVES DE FARIA e NELSON ROSENVALD, a tutela do princípio da confiança é fundamental no mundo atual, no qual impera uma sociedade aberta, plural e globalizada³⁷⁶. Na linha desse raciocínio, entendem que referido princípio também mereceria amparo nas relações familiares. Afinal, também os vínculos familiares são permeados de expectativas legítimas, as quais devem ser respeitadas e juridicamente protegidas. Portanto, de rigor a observância de um padrão ético e coerente de

³⁷³ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 56.

³⁷⁴ Art. 229. "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

³⁷⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, v. 4. p. 997-1017. p. 1006.

³⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6. p. 141.

comportamento no plano familiar. Nas palavras de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD:

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.³⁷⁷

Segundo lecionam os autores, a tutela do princípio da confiança nesse contexto assumirá forma diversa a depender da natureza da relação familiar, se de ordem material, isto é, se o efeito for apreciável economicamente, ou de ordem pessoal, se inerente à essência do indivíduo.

FERNANDA PESSANHA DO AMARAL GURGEL sustenta, por sua vez, que o Direito de Família corresponde a um conjunto de normas voltadas para regulamentar relações intersubjetivas de ordem patrimonial ou pessoal que, diversamente do que ocorre no âmbito das relações contratuais, não visam ao lucro. O objetivo primordial da família seria, assim, o desenvolvimento de todos os seus integrantes, em contraposição aos interesses estritamente particulares de cada um.³⁷⁸

Para que isso se dê, no entanto, é necessário resguardar a saudável convivência familiar a fim de que essa assegure a dignidade e personalidade dos que a compõem, ainda que isso implique a supressão de interesses puramente individuais. Este seria, justamente, o motivo de a disciplina relativa ao Direito de Família ser alçada à categoria de norma de ordem pública³⁷⁹. É nesse cenário, calcado "em vínculos jurídicos que envolvam valores relacionados ao bem comum e de caráter personalíssimo [...] que o dever de cooperação e a preservação da confiança alheia se fazem ainda mais necessários".³⁸⁰

A explanação até aqui desenvolvida permite chamar a atenção para condutas que razoavelmente são esperadas dos pais em relação aos filhos e vice-versa, bem como entre cônjuges e companheiros. Trata-se, efetivamente, de relacionamentos interpessoais

³⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6. p. 143.

³⁷⁸ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 126.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 127.

³⁸⁰ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *op. cit.*, p. 124.

que demandam certo grau de cumplicidade, dada a normal ou esperada proximidade de seus integrantes, que geralmente habitam o mesmo lar, onde as defesas e aparências cuidadosamente exibidas costumam estar desarmadas. Por conseguinte, de rigor prevaleça o respeito mútuo nas situações jurídicas que daí exsurgirem, com ainda maior razão do que nas demais relações privadas.

Nessa esteira, a doutrina de RODRIGO DA CUNHA PEREIRA ao afirmar que "[n]o Direito de Família, em particular, a confiança como valor e princípio jurídico, ao lado da boa-fé objetiva, ganha cada vez mais relevo e importância", e, ainda, que "a violação do princípio da confiança é uma modalidade de abuso de direito que, por sua vez, decorre da função da boa-fé objetiva"³⁸¹. Norteado por essas premissas, traz o exemplo abaixo:

No direito alimentar, vê-se a incidência do princípio no que diz respeito à possibilidade de abuso do direito, por meio do *venire contra factum proprium* e da *suppressio/surrectio*. Por exemplo, o alimentante, quando ciente da exoneração da obrigação alimentar, continua a prestar os alimentos ao credor, criando para ele uma expectativa de que continuará recebendo aquele valor, o que pode afetar a organização das suas despesas uma vez que continua contando com o recebimento da verba. Se o devedor, repentinamente, suspende os pagamentos, estará se comportando de forma contraditória e abusando da confiança gerada por ele próprio.³⁸²

Para a configuração do *venire contra factum proprium*, conforme analisado no capítulo acima, exige-se clara violação à legítima expectativa produzida na outra parte. Se o sujeito opta por se posicionar de determinada forma e age de acordo com tal posicionamento, despertando a confiança da outra parte de que este permanecerá, não poderá, *a posteriori*, adotar comportamento diverso, incompatível com aquele inicialmente externado.

Nessa toada, é reconhecida a aplicação do *venire contra factum proprium* ao Direito de Família. Como exemplo, MENEZES CORDEIRO cita a hipótese do cônjuge que convive na prática com um terceiro, mas que opta por pleitear alimentos do consorte³⁸³.

³⁸¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*: ilustrado. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *location* 4130 (*Kindle*), n.p.

³⁸² *Ibid.*, *location* 12941.

³⁸³ Segundo o autor, no entanto, não haveria o *venire* na sua forma clássica, já que ausente o requisito da violação da confiança nesse caso. No entanto, sustenta que o *venire* possa ser ampliado para salvaguardar outras condutas violadoras do sistema e que o abuso do direito é "por definição, um espaço aberto, apto à expansão para novas áreas". MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 296-297.

CUNHA DE SÁ por sua vez, indica haver abuso do direito em razão do *venire* na conduta do cônjuge que leva o outro a praticar ato que possa caracterizar culpa para autorizar aquele a requerer o divórcio ou separação judicial, ou, ainda, que formula tal pedido após haver perdoado o outro cônjuge, seja de forma tácita ou expressa, pela conduta culposa, levando a crer que essa não obstaría o prosseguimento do casamento³⁸⁴.

Na jurisprudência nacional, curiosamente, a doutrina refere como pioneiro na aplicação prática do instituto do *venire* um julgado do Supremo Tribunal Federal relativo ao Direito de Família³⁸⁵. No precedente, o casal, composto de uma viúva e um homem vinte e três anos mais novo, optou por contrair matrimônio no Uruguai, onde vigorava o regime legal da separação de bens no caso de silêncio dos nubentes. Quando do término do relacionamento³⁸⁶, o marido invocou a aplicação do regime da comunhão universal, alegando que as partes não chegaram a constituir domicílio no Uruguai, sendo este o regime aplicável no Brasil. O acórdão qualificou este comportamento de *venire contra factum proprium* diante da anuência do noivo com a celebração no estrangeiro e expressa concordância com o regime da separação em documentos por ele assinados posteriormente, sendo observado, ainda, que o regime da separação é admitido na legislação brasileira³⁸⁷.

Também reconhecendo a sua aplicação no Direito de Família, ANDERSON SCHREIBER refere o Recurso Especial 95539/SP³⁸⁸, em que se buscava a rescisão contratual de compromisso de compra e venda de imóvel celebrado pelo marido sob o argumento de que a esposa não o teria autorizado. No julgado, foi aplicado o instituto do *venire* à conduta de somente arguir a ausência de outorga uxória após decorridos cerca de dezessete anos desde a celebração do contrato, período durante o qual os compromissários

³⁸⁴ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 207-208. Escreve Cunha de Sá no contexto da exigência de culpa do outro cônjuge para a formulação do pedido de divórcio ou separação judicial, que somente pode ser feito pelo cônjuge ofendido. Ainda de acordo com o autor, tais condutas são expressamente vedadas pelo art. 1.780 do Código Civil português, que dispõe sobre a exclusão do direito de requerer o divórcio: "O cônjuge não pode obter o divórcio, nos termos do artigo anterior: a) Se tiver instigado o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido ou tiver intencionalmente criado condições propícias à sua verificação; b) Se houver revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não considerar o acto praticado como impeditivo da vida em comum".

³⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 680.

³⁸⁶ O processo foi originalmente proposto pela mulher, que requereu o desquite com fundamento no adultério e injúria grave praticados pelo marido.

³⁸⁷ STF, RE 86787, Rel. Min. Leitaó de Abreu, Segunda Turma, j. 20.10.1978.

³⁸⁸ STJ, REsp 95539/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 03.09.1996.

compradores exerceram a posse do imóvel de forma pacífica, sem qualquer oposição da esposa. O julgado também apontou como *factum proprium* a conduta da mulher que, em processo judicial anterior deflagrado pelos proprietários originários do terreno, não apenas reconheceu a validade do compromisso de compra e venda como denunciou à lide os compromissários compradores.³⁸⁹

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecida a prática de *venire contra factum proprium* na conduta do ex-companheiro que invocou a ausência de escritura pública na celebração do pacto de convivência para arguir a sua nulidade. O Tribunal Superior entendeu que, se ele concordou, de livre e espontânea vontade, celebrar contrato com a ex-companheira estabelecendo o regime similar ao da comunhão universal, deixando de impugná-lo durante o relacionamento, não poderia, posteriormente, invocar a sua nulidade em razão da não observância de requisito formal e pretender a aplicação do regime legal da comunhão parcial, sob pena de incorrer em comportamento contraditório.³⁹⁰

Outro exemplo consiste na conduta do pai que, após reconhecer *sponte sua* determinada criança como seu filho, posteriormente, ao verificar que o relacionamento com a genitora foi mal sucedido, opta por se retratar de tal declaração de vontade. Segundo LUIZ FERNANDO SALLES ROSSI, cuida-se este de típico comportamento contraditório, que, fatalmente, irá provocar danos irreparáveis ao menor, justamente quem o ordenamento jurídico buscou proteger com o poder familiar. Por tal razão, deve prevalecer a paternidade socioafetiva em detrimento da conduta contraditória do pai registral³⁹¹.

Também a a *suppressio* e a *surrectio*, tipicamente abusivas em razão da violação do critério da boa-fé objetiva, projetam-se no ambiente familiar, porquanto representativas da quebra da confiança depositada. JOSÉ FERNANDO SIMÃO aponta que

³⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139. O exemplo também é referido em SIMÃO, José Fernando. Abandono paterno filial e sua punição (jurisprudência comentada). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 922, p. 511-539, ago. 2012. p. 199.

³⁹⁰ STJ, REsp 1459597/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 01.12.2016. No julgado, também restou estabelecido que não se exige escritura pública para a fixação de regime de bens diverso da comunhão parcial na união estável, não incidindo o art. 1.640, parágrafo único, do Código Civil, que exige a escritura pública para o pacto antenupcial, relativamente ao casamento.

³⁹¹ ROSSI, Luiz Fernando Salles. O abuso de direito nas relações de família. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodoro de Almeida (coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 95.

haverá *suppressio* na conduta do pai que, mesmo diante do regime de visitas estabelecido, deixa de ver o filho por longo período de tempo³⁹².

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é possível observar alguns casos instigantes envolvendo a aplicação de referidos institutos no bojo das relações familiares, ainda que em pequena quantidade. Na apelação 70057539827, a Oitava Câmara Cível do referido tribunal decidiu que incorreria em *venire contra factum proprium* o homem que, embora tenha cedido a sua meação do imóvel à companheira, após o falecimento desta, buscou o judiciário para “anular” o ato, arguindo a impossibilidade de doação, em vida, de seu único patrimônio, quando havia herdeiros necessários. No julgamento, restou sedimentado que o apelante não comprovou suas alegações nesse sentido e que se tratava, em verdade, de um arrependimento de uma decisão tomada voluntariamente.³⁹³

Em outro caso, o Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu configurado *venire contra factum proprium* na conduta da ex-companheira que buscava afastar determinado imóvel da partilha de bens em ação de dissolução de união estável sob o argumento de que o recebera em doação de seus genitores. No julgado, a evidência de aval da ex-companheira em documento no qual o ex-companheiro figurou como proprietário do bem foi considerado incompatível com a pretensão de excluir referido imóvel da comunhão.³⁹⁴

Sobre o fenômeno da *suppressio*, sobressai o julgado que afastou a prisão do devedor de alimentos com fundamento no fato de que, durante doze anos, o alimentando fora sustentado pelo novo marido de sua genitora, não havendo esta efetuado a cobrança judicial durante todo esse período. *In casu*, tratava-se de alimentos fixados em 1998 que permaneceram sem ser cobrados por mais de uma década. O acórdão merece destaque em razão da ampla fundamentação envolvendo não apenas a *suppressio e a surrectio*, mas, do mesmo modo a própria incidência da boa-fé objetiva e da teoria do abuso do direito às relações familiares, com expressa menção ao art. 187 do Código Civil.³⁹⁵ Tratando especificamente da *surrectio*, salienta-se julgado que reconheceu a obrigação alimentar do

³⁹² SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 197.

³⁹³ TJES, Apelação 70057539827, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Oitava Câmara Cível, j. 30.01.2014.

³⁹⁴ TJRS, Apelação 70069285617, Rel. Des. Alexandre Kreutz, Oitava Câmara Cível, j. 31.08.2017. Ainda sobre a incidência do *venire contra factum proprium* confira-se: TJRS, Ação Rescisória 70071905962, Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Sétima Câmara Cível, j. 23.11.2016.

³⁹⁵ TJRS, Agravo de Instrumento 70042234179, Rel. Des. Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, j. 18.08.2011.

avô em razão de este ter continuado a prestar alimentos ao neto por mais de um ano após decisão judicial exonerando-o do dever alimentar³⁹⁶.

Evidencia-se que parte substancial dos exemplos relativos à aplicação da teoria do abuso do direito às relações familiares decorrem da aplicação das figuras acima. Para fins didáticos, outros casos ilustrando essa projeção serão abordados com maior aprofundamento em tópicos específicos no âmbito das relações de filiação, de casamento e de união estável.

3.3 O ABUSO DO DIREITO EVIDENCIADO NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO

Passa-se à sistematização de casos de abuso do direito constatados pela doutrina e jurisprudência no Direito de Família e seus respectivos efeitos, a começar pelas possíveis situações de abuso nas relações de filiação.

JOSSERAND já previa a possibilidade do abuso do direito no âmbito das situações jurídicas envolvendo pais e filhos, ilustrando com diversas decisões judiciais sobre o tema. Destaca, inclusive, que a evolução do pátrio poder, desde o Direito Romano, se mistura com a da teoria do abuso do direito, na medida em que as diversas restrições impostas aos poderes dos pais em relação aos filhos ao longo dos séculos representaram ambiente propício para que a teoria do abuso se instalasse com esse papel limitador.³⁹⁷

Nesse contexto histórico, recorda o jurista francês que o pátrio poder (*patria potestas*) era tido como ilimitado pelos romanos, sendo possível à figura do *pater* exercer enorme influência sobre a vida dos filhos. Pouco a pouco, no entanto, os próprios jurisconsultos romanos desenvolveram a ideia de fim subjacente a este poder, sendo

³⁹⁶ “APELAÇÃO. ALIMENTOS. EXONERAÇÃO. [...]. REPETIÇÃO SISTEMÁTICA E CONTINUADA DE UM COMPORTAMENTO. *SURRECTIO*. [...]. O apelado, mesmo com decisão judicial favorável a desonerá-lo da pensão alimentícia paga ao apelante, continuou a pagar-lhe pensão por largo período de tempo. E, se a despeito da decisão judicial, continuou a pagar alimentos, surge uma nova obrigação alimentar, diversa da anterior. A repetição sistemática e continuada de um determinado comportamento cria direito, consubstanciado na expectativa de que esse comportamento, pelo menos, continuará se repetindo. É a *surrectio*. [...] Deram provimento, por maioria.” (TJRS, Apelação 70009037631, Rel. Des. Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, j. 12.08.2004).

³⁹⁷ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 94-95.

concebido o seu exercício em benefício da prole e, em última análise, da própria comunidade familiar.³⁹⁸

Quando da sua edição, o Código Civil francês não previu hipóteses de destituição do pátrio poder, contrariando as expectativas dos juristas da época, que já reconheciam limitação no seu exercício. Assim, ressalvados os casos de responsabilidade criminal, determinados excessos permaneceriam impunes sob a lei vigente, não fosse pela atuação da jurisprudência na flexibilização do poder parental exercido em prejuízo dos interesses da criança³⁹⁹. Assim, mesmo diante da ausência de lei específica nesse sentido, os tribunais franceses não deixaram de reprimir abusos no exercício do pátrio poder. Embora não fosse determinada a perda desse poder, em razão da inexistência de respaldo legal para tanto, o excesso era punido com a supressão de um dos seus atributos, a exemplo da guarda ou da prerrogativa de educar os filhos, atribuindo-a a um outro familiar ou estabelecimento apropriado⁴⁰⁰.

Posteriormente, com o advento de legislação específica envolvendo possibilidades de destituição do poder parental, a jurisprudência francesa continuou reprimindo condutas abusivas não especificadas pelo legislador, eis que igualmente mereciam respaldo, sob pena de violação do interesse da criança. De rigor reproduzir, nesse prisma, o que dispõe o autor:

Não se deve crer que a intervenção reiterada do legislador tenha reduzido a nossa jurisprudência a um papel de pura execução; mesmo depois das leis de 1889 e de 1921, o controle dos tribunais subsiste e acaba sendo exercido mesmo fora dos casos de destituição limitadamente enumerados nos textos legislativos; não são apenas os abusos previstos pelo juiz, são todos os abusos, infinitos em sua variedade e na sua manifestação, dentre os quais o pátrio poder talvez por ocasião, por exemplo, naquilo que concernem as relações da criança com seus avós; [...] o conceito do abuso vem impregnar de seu espírito moralizador essa instituição central que é o pátrio poder e que a nossa jurisprudência teve o mérito de orientar, depois de um século, em direção aos fins sociais e em direção aos ideais altruístas.⁴⁰¹

³⁹⁸ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 95.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 96-97.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 99. Em tradução livre. No original: "[i]l faut d'ailleurs se garder de croire que l'intervention réitérée du législateur ait réduit notre jurisprudence à un rôle de pure exécution; même après les lois de 1889 et de 1921, le contrôle des tribunaux subsiste et trouve à s'exercer même en dehors des cas de déchéance limitativement énumérés dans les textes législatifs; ce ne sont pas seulement les abus prévus par le juge, ce sont tous les abus, infinis dans leurs variétés et dans leurs manifestations, dont la puissance paternelle peut être l'occasion, par exemple en ce qui concerne les rapports de l'enfant avec ses grands-parents; [...] le

O abuso do direito constatado nas relações de filiação passa, na maior parte das vezes, por algum dos direitos ou deveres relativos ao exercício do poder familiar, definido por JORGE SHIGUEMITSU FUJITA como um “conjunto de direitos e obrigações atribuídos ao pai e à mãe, em igualdade de condições, mesmo estando separados um do outro, no tocante à pessoa e ao acervo patrimonial dos filhos menores”⁴⁰².

Conforme visto acima, o poder, diversamente do direito, é exercido em benefício daquele a quem a norma buscou proteger. No caso do poder familiar, a lei atribui aos pais um feixe de direitos e obrigações (art. 1.630 e ss. do Código Civil⁴⁰³) com vistas a proporcionar o sadio desenvolvimento dos filhos. Modernamente, confira-se a lição de MARCO FÁBIO MORSELLO:

Ora, diante dos *inputs* que promanam do sistema social, a célula familiar e, nomeadamente, os genitores são os arautos da esperança ética no desenvolvimento da personalidade dos infantes, propiciando-lhes efetivo *output* dirigido ao corpo social, com o escopo de concretizar o princípio fundante da dignidade da pessoa humana e correlata convivência em sociedade justa e solidária, elidindo que as normas em comento sejam transformadas em meros pedaços de papel (*Stück Papier*), desprovidos de efetividade.⁴⁰⁴

Tendo isso em vista, PAULO LÔBO assevera que a denominação poder familiar seria, em certa medida, inadequada, pois remeteria ao modelo patriarcal do Direito Romano, de acordo com o qual os filhos estariam subordinados à figura do chefe da família como objetos de seus desígnios. Sustenta, assim, que o Código Civil de 2002 teria errado ao se referir ao poder familiar, uma vez que a noção de poder perpetuaria essa ideia de sujeição hierárquica dos filhos aos pais, como se a única mudança ocorrida fosse que o antigo pátrio poder passasse a ser exercido por ambos os genitores.⁴⁰⁵

Leciona, assim, que falar em "autoridade parental" seria mais apropriado a definir o complexo de direitos e deveres exercidos pelos pais em benefício da criança ou

concept de l'abus vient imprégner de son esprit moralisateur cette institution centrale qu'est la puissance paternelle et que notre jurisprudence a eu le mérite d'orienter, depuis un siècle, vers des fins sociales et vers des idéaux altruistes".

⁴⁰² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 295.

⁴⁰³ Ressaltam-se, ainda, os arts. 227 e 229 da Constituição Federal, que estabelecem, respectivamente, deveres da família e dos pais com relação aos filhos.

⁴⁰⁴ MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental. Perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá. CAPUCHO, Fábio Jun. (coord). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri: Manole, 2019. p. 426.

⁴⁰⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 288.

do adolescente para assegurar o seu saudável desenvolvimento e dignidade. A autoridade no lugar do poder traduziria uma relação não mais artificial e de cima para baixo, mas, sim, natural e horizontalizada, fundada em direitos e deveres mútuos. A expressão também acertaria ao privilegiar a relação de parentesco existente, sem excluir a figura da mãe.⁴⁰⁶

Seguindo essa tendência mais recente, a Lei 12.318/2010, que trata da alienação parental, optou por se referir unicamente à autoridade parental, abstendo-se de qualquer menção ao poder familiar. Segundo PAULO LÔBO, a predileção por esta expressão também pode ser observada nos sistemas jurídicos francês e americano, considerando, justamente, a perspectiva do seu exercício no interesse dos filhos. Salienta, ainda, a preponderância dos deveres no Direito português na referência à responsabilidade parental, no que foi acompanhado pelo Código Civil argentino de 2014⁴⁰⁷. O Código Civil brasileiro permanece, de sua parte, com diversas menções ao poder familiar.

Independentemente de se adotar esta ou aquela nomenclatura, o exercício da autoridade parental ou poder familiar deve ser analisado sempre na sua perspectiva funcional, devendo se dar sempre em benefício da prole. Nessa perspectiva, os filhos devem respeitar e obedecer aos pais na medida em que estes atendam ao seu superior interesse⁴⁰⁸.

Como ressalta CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, as relações decorrentes do poder familiar podem ser de caráter existencial ou patrimonial. As primeiras, relativas à pessoa dos filhos, são disciplinadas no art. 1.634 do Código Civil⁴⁰⁹, alterado pela Lei nº 13.058, de 2014, que assim dispõe:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

⁴⁰⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 288.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 288

⁴⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 38.

⁴⁰⁹ *Id.* *Instituições de Direito Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. p. 426.

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Cada um dos incisos acima foi pensado pelo legislador para proteger a criança ou adolescente, que gozam da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento e a quem deve ser assegurada proteção integral. Nesse prisma, o excesso que viole tais objetivos nas condutas elencadas poderá configurar abuso na forma do art. 187 do Código Civil. Nessa linha de entendimento, FERNANDA TARTUCE e ERIK F. GRAMSTRUP sustentam que o abuso do poder familiar é "uma espécie do gênero abuso de direito (abuso de situação jurídica), sendo este na verdade uma categoria de teoria geral do direito". Assim discorrem:

[O] abuso do poder familiar compreende as situações em que os detentores daquele poder-dever excedem as balizas socialmente esperadas de sua atuação e desviam-se das finalidades jurídicas associadas à sua condição de pais. Podemos incluir aqui todos aqueles que ocupam posições juridicamente assemelhadas: guardiões, tutores e curadores. Como a potencial atuação desses “custodes” foi ampliada a ponto de reconhecer-se no seu bojo a presença de uma “família substituta”, podem eles também incorrer em abuso de poder, similar em tudo ao tipo que nos ocupa.⁴¹⁰

São incontáveis as situações em que pode ocorrer o abuso do direito no âmbito das relações familiares. Tendo em vista a impossibilidade de antever todas essas hipóteses e esgotar o tema, faz-se um recorte didático, principalmente diante dos incisos supramencionados, de determinadas situações de comportamento abusivo passíveis de ocorrer no exercício do poder familiar identificadas com maior frequência pela doutrina e jurisprudência.

⁴¹⁰ GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 187-188.

3.3.1 Situações de exercício disfuncional do poder familiar constatado na criação e educação dos filhos

Na década de 40, em aula proferida na Faculdade Nacional de Direito, SAN TIAGO DANTAS afirmou que os pais possuiriam o direito de corrigir os filhos, no qual estaria compreendido o direito a aplicar castigos corporais. À época, entendia que, caso houvesse excesso no exercício de tal direito, poder-se-ia aplicar a figura do abuso do direito, que, para o autor, consistiria no exercício antissocial do direito.⁴¹¹

Atualmente, o artigo 229 da Constituição Federal atribui aos pais o dever de criar e educar os filhos menores. Assim também o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que confere aos pais o dever de educação dos filhos menores. De acordo com o art. 1.634, I, do Código Civil, por sua vez, compete aos pais, no exercício pleno do poder familiar, dirigir a criação e a educação dos filhos. O inciso IX do respectivo dispositivo legal, a seu turno, permite que os pais exijam dos filhos obediência e respeito. Tais medidas devem se dar sempre em benefício da prole, consoante ressaltado alhures.

O conteúdo da norma, no entanto, não é claro sobre o que significaria educar os filhos. Na lição de PAULO LÔBO, a noção de educação seria "a mais larga possível", abrangendo "a formação moral, política, religiosa, profissional, cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para a formação do filho, como pessoa em desenvolvimento"⁴¹². Compreenderia, assim, como exemplificado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a escolha do estabelecimento onde se dará a sua formação escolar, orientação espiritual, grau de instrução ou mesmo direcionamento quanto a qual profissão seguir⁴¹³.

A doutrina se refere a uma espécie de direito dos pais de disciplinar seus filhos, o que poderia levar, exemplificativamente, aos chamados "castigos", que podem variar de simples censura verbal a temporária privação de alguma atividade prazerosa ou mesmo de

⁴¹¹ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de direito civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984. p. 372. Josserrand também menciona, em sua obra, abuso do direito de correção no âmbito do pátrio poder, em que estava compreendido o poder do pai de requerer, como meio disciplinar, a privação de liberdade do filho a partir dos quinze anos de idade. Segundo observa, caberia ao magistrado analisar as razões do pedido formulado a fim de evitar abusos por parte do genitor. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *op.cit.*, p. 100-102.

⁴¹² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 294.

⁴¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 426.

exercício da liberdade⁴¹⁴. Tal punição, se aplicada no âmbito da razoabilidade, é considerada aceita pelo nosso ordenamento jurídico⁴¹⁵.

Esse “direito de correção”, acessório da guarda⁴¹⁶, deve ser exercido de forma comedida, sempre em benefício e no interesse do menor, sendo o excesso punível com a suspensão ou até mesmo perda do poder familiar. Nessa toada, o art. 1.638⁴¹⁷ do Código Civil é literal ao trazer como consequência do castigo imoderado a perda do poder familiar.

Gradativamente, portanto, a sociedade passou a impor forte resistência à aplicação de castigos corporais com o fim de educar a criança, culminando com a edição da Lei 13.010/14, popularmente conhecida como “Lei da Palmada”⁴¹⁸, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) para estabelecer que a educação de crianças e adolescentes deva se dar sem o uso de castigos físicos ou tratamento cruel ou degradante.

A referida lei acrescentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente o art. 18-A, que, em seu parágrafo único, definiu castigo físico como a "ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão", descrevendo tratamento cruel ou degradante como a "conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize". Em caso de prática de qualquer dessas condutas, o art. 18-B comina aos responsáveis, "de acordo com a gravidade do caso", medidas que variam desde a advertência ao encaminhamento a programas de proteção à família e de tratamento psicológico ou psiquiátrico, sendo prevista, ainda, a

⁴¹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 299.

⁴¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 431.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 430.

⁴¹⁷ Art. 1.638. "Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho". Segundo Paulo Lôbo, o fato de o castigo imoderado ensejar a perda do poder familiar equivaleria a uma autorização implícita do ordenamento jurídico para castigos moderados. De outra parte, sustenta que não haveria fundamento constitucional nem para o castigo físico nem para o psíquico, na medida que o respectivo art. 227 prevê o dever dos pais de colocar a criança a salvo de qualquer forma de violência, sendo assegurada, de igual modo, a integridade física prevista no respectivo art. 5º, XLIX, sendo, com maior razão, resguardada a da criança. Sustenta, assim, não estar abrangida no poder disciplinar emanado da autoridade parental a possibilidade de aplicação de castigos que violem a integridade física e psíquica dos filhos. LÔBO, Paulo. *op. cit.*, p. 299.

⁴¹⁸ A lei também ficou conhecida como ou "Lei Menino Bernardo", em razão de um caso bastante divulgado que chocou o país, o de Bernardo Boldrini, um menino de 11 anos, desaparecido e morto no dia 4 de abril de 2014 após sofrer diversos tipos de violência praticados por familiares. BATISTA JUNIOR, João. Pai e madrasta são condenados pela morte do menino Bernardo Boldrini. *Veja*, São Paulo, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/tribunal-condena-todos-os-reus-do-caso-bernardo-boldrini/>. Acesso em: 15 nov. 2019.

obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado, "sem prejuízo de outras sanções cabíveis".

Ocorreu, assim, a contemplação de diversas hipóteses de exercício abusivo do poder disciplinador dos pais em relação aos filhos por expressa disciplina legal, o que, em tese, afastaria a cláusula-geral do art. 187 por ter ela se tornado desnecessária diante da atuação mais robusta do legislador ao especificar os seus limites. Afinal, a partir da proibição direta de determinados comportamentos expressamente especificados, haveria ilicitude no seu sentido estrito diante da violação frontal de tais disposições.

Sem embargo, mesmo antes do advento desta lei, já havia a possibilidade de punir determinados comportamentos abusivos na educação dos filhos através de significativo arcabouço normativo⁴¹⁹ e, nas suas lacunas, através da aplicação da teoria do abuso ao caso concreto. Nesse sentido, salienta-se a formulação de SERGIO CAVALIERI FILHO pensada em momento anterior à Lei 13.010/14: se o poder familiar objetiva conferir a autoridade necessária aos genitores para que possam educar os filhos e prestar-lhes a devida assistência, caso haja abuso no exercício de tal autoridade, seja para cercear, sem razão, a liberdade do filho, ou puni-lo indevidamente, estará extrapolando o fim social do poder conferido pela lei⁴²⁰.

O abuso também poderia se apresentar na forma de excesso nos mecanismos de correção para além dos bons costumes, quando, exemplificativamente, a criança for obrigada a sair de casa despida ou com roupas inadequadas como punição por ter se aventurado nos objetos pessoais da mãe⁴²¹.

⁴¹⁹ Genericamente falando, o art. 5º, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que ninguém será submetido à tortura ou outro comportamento desumano ou degradante ao passo que o Código Penal pune o homicídio e a lesão corporal, respectivamente nos art. 121 e 129. De forma mais específica, cita-se: (i) o delito de maus-tratos, previsto no art. 136 do Código Penal: "[e]xpor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina"; o art. 232 do ECA, que pune aquele que "[s]ubmeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento" com pena de "detenção de seis meses a dois anos"; (iii) o art. 1.637 do Código Civil, segundo o qual "[s]e o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha"; (iv) o art. 1.638, já referido, que prevê a perda do poder familiar em razão do castigo imoderado ao filho.

⁴²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 160.

⁴²¹ O exemplo é de Fabrício Castagna Lunardi: "[p]or exemplo, quando a mãe impõe, como castigo ao filho, que este fique para o lado de fora de casa nu, ou que vá à escola vestido com roupas femininas, a fim de que não

Portanto, diante da normativa supramencionada e do crescente repúdio edificado na consciência social a tal prática, é possível depreender que o direito de aplicar castigos corporais não estaria mais compreendido no poder familiar mesmo antes do advento da Lei 13.010/14. Válido notar o Projeto de Lei 4.275/19 objetivando a revogação da "Lei da Palmada", sob o fundamento de que significaria indevida ingerência do Estado nas relações familiares, além de se apresentar como demasiadamente gravosa, na medida em que equipararia uma simples palmada a tratamento cruel ou degradante⁴²².

Se vingar a proposta, entende-se que, à luz de todo o acima exposto, ainda assim seria possível reprimir o excesso nos meios corretivos utilizados na disciplina da criança ou do adolescente que escape à normativa posta ou, enquadrando-se nesta, impor sanções diversas daquelas diretamente cominadas, em razão da violação de critério previsto no art. 187 consistente, conforme observação acima reproduzida de SERGIO CAVALIERI FILHO, no fim social do direito-dever de educar, ou, em sentido mais amplo, do próprio poder familiar, podendo tal abuso se dar, ainda, por exceder o critério dos bons costumes.

Válido, igualmente, ressaltar o posicionamento de FLÁVIO TARTUCE, de acordo com o qual a violação aos incisos I a VIII do art. 1.634 do Código Civil equivaleria à prática de ato ilícito na forma do art. 186 do Código Civil, ao passo que a violação ao inciso IX, relativo à exigência de obediência e respeito, configuraria abuso do direito na forma do art. 187, podendo levar à suspensão ou perda do poder familiar e, ainda, à condenação do genitor responsável por maus-tratos pelos danos morais a serem pagos em favor dos filhos. O autor sustenta que este último inciso deve ser analisado "à luz da dignidade humana e da proteção integral da criança e do adolescente", de modo que, o

torne a mexer nos seus objetos pessoais. A mãe tem o direito-dever de educar seus filhos, impondo inclusive castigos, mas estes não podem ser imoderados ou violar os bons costumes. Há, assim, o exercício irregular de um direito, um abuso do direito de educar seu filho por afronta aos bons costumes, que, aliás, pode ter como consequência a perda do poder familiar, sanção prevista no art. 1638, inc. I, do Código Civil". LUNARDI, Fabrício Castagna. *A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional: novos paradigmas para os contratos*. 2006. Monografia (Especialização em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal Santa Maria, Santa Maria, 2006. Disponível em https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/554/Lunardi_Fabrício_Castagna.pdf?sequence=1. Acesso em: 9 dez. 2019.

⁴²² O projeto de lei pretende, ainda, alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente, introduzindo seis deveres para os próprios destinatários da lei: respeitar os pais, "frequentar a escola, respeitar o próximo e as diferenças entre as pessoas, participar das atividades em família e em comunidade, cuidar dos espaços e ambientes públicos, e respeitar os professores e demais funcionários das escolas" <https://www.camara.leg.br/noticias/585236-proposta-revoga-lei-da-palmada-e-cria-seis-deveres-para-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 1 de nov. 2019.

excesso na exigência de obediência para além dos limites previstos no art. 187, "que são verdadeiras cláusulas gerais [...], principalmente, bons costumes", ensejará a "responsabilidade objetiva do pai ou mãe abusador", na forma do enunciado 37 do CJF/STJ.⁴²³

De acordo com FERNANDA TARTUCE e ERIK F. GRAMSTRUP, o castigo imoderado dos filhos que, no lugar de visar à formação do caráter destes, funcione como válvula de escape das angústias dos pais configura uso abusivo do poder familiar⁴²⁴, e pode acarretar, além de sua suspensão ou perda, em responsabilidade civil objetiva com fundamento no abuso do direito, não sendo necessário, por esse prisma, demonstrar a culpa dos genitores ou outros responsáveis para a sua configuração.⁴²⁵

Ainda com relação ao inciso IX, no trecho relativo aos serviços que poderiam ser exigidos dos filhos, ressalta CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que a ideia chave a ser buscada é a participação. Assim, “[o] filho coopera com o pai, na medida de suas forças e aptidões, devendo ser observadas as normas constitucionais proibitivas no que se refere ao trabalho infantil, salvo na condição de aprendiz (Emenda Constitucional n. 20/1998)”⁴²⁶.

⁴²³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 509. Este posicionamento, vale notar, não é tido como incompatível em relação à Lei 13.010/14. Giselle Câmara Groeninga também se refere ao castigo imoderado como hipótese de abuso do poder familiar. GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário*. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 108.

⁴²⁴ Nesse caminho, os autores ponderam: “[o] desvio de finalidade típico do abuso é evidente na ação paterna ou materna tendente a extravasar os sentimentos precitados, sem a correspectiva intenção de beneficiar os filhos com o aprendizado de condutas pessoal e socialmente virtuosas. Compreenda-se bem o que estamos dizendo: sentimentos humanos existem e não se quer dizer que os pais não estejam sujeitos à tensão, ao temor, ao stress e assemelhados, sendo claro que no momento de corrigir os filhos, tais fenômenos psicológicos podem aflorar. O que não se considera legítimo é a imposição de 'disciplina' – e cabem aspas aqui – unicamente por ira, irritação, frustração, é dizer, com o fim jurídico evidentemente desviado”. GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar. *In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 192.

⁴²⁵ No original: "a responsabilidade dos pais e demais exerceedores de custódia é, sim, objetiva, por abuso da autoridade que lhes é peculiar. Mas importantes ressalvas devem ser compreendidas nessa afirmação, de modo que não soe exagerada: (a) a responsabilidade objetiva é a resultante de abuso, não de ilícito direto; e (b) isso não significa que os pais respondam sem culpa, mas que a prova da culpa é irrelevante porque ela já aparece *in re ipsa* havendo abuso de poder parental." Mais adiante, os autores reconhecem a possibilidade de os genitores se valerem das excludentes de ilicitude ou do nexo causal como forma de afastar a responsabilidade civil. GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar. *In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 196.

⁴²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1. p. 431.

Também aqui, JOSÉ FERNANDO SIMÃO e FLÁVIO TARTUCE admitem a possibilidade de aplicação do art. 187 do Código Civil, reconhecendo como abusivas as hipóteses de exploração econômica dos filhos menores pelos pais ou de delegação de serviços incompatíveis com a sua condição ou idade. Assim como na hipótese anterior, tal comportamento pode acarretar tanto a suspensão ou perda do poder familiar como a obrigação de indenizar do genitor responsável.⁴²⁷

Por fim, considerando o que foi dito sobre a educação pelos pais abranger também a formação moral, política e religiosa da prole, traz-se à baila a questão dos genitores que, adeptos das crenças das Testemunhas de Jeová, impedem a transfusão de sangue que seria essencial para a saúde de seus filhos. Diante dessa situação, THAMIS DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO discorre que, embora os pais possam exercer essa escolha existencial em relação a eles próprios, sendo admitida a sua liberdade entre receber ou não a transfusão, não poderiam dispor da integridade física dos filhos, configurando a recusa, nesse caso, abuso do poder familiar em razão da violação à cláusula geral dos bons costumes, demandando "afastar da autoridade parental o poder de decisão sobre os rumos terapêuticos a serem tomados para resguardar a saúde das crianças envolvidas"⁴²⁸. Entende-se que tal raciocínio seria extensível à situação dos genitores que se negam a aplicar aos seus filhos as vacinas essenciais ao seu sadio desenvolvimento, conduta que se revela igualmente prejudicial ao interesse do menor e, portanto, exercício disfuncional do poder familiar.

3.3.2 O abuso na recusa da autorização para o casamento

De acordo com o art. 1.517⁴²⁹ do Código Civil, é possível casar-se a partir dos dezesesseis anos de idade, desde que, não tendo sido alcançada a maioridade civil, haja a autorização de ambos os pais ou representantes legais⁴³⁰. Na sequência, o art. 1.518⁴³¹

⁴²⁷ SIMÃO, José Fernando. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 5. p. 389.

⁴²⁸ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons Costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 237-238.

⁴²⁹ Art. 1.517. "O homem e a mulher com dezesesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631".

⁴³⁰ O casamento dos menores de dezesesseis anos era excepcionalmente admitido para evitar cumprimento de pena criminal - hipótese tacitamente revogada diante da nova redação do art. 107 do Código Penal, que suprimiu a possibilidade de extinção de punibilidade pelo casamento da vítima - , ou no caso de gravidez, na forma da antiga redação do art. 1.520: "[e]xcepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a

prevê a hipótese de revogação de uma autorização inicialmente concedida pelos pais ou tutores até a data da celebração do casamento.

Dentre os casos estudados por JOSSERAND relativamente ao abuso do direito aplicado ao Direito de Família, dedicou-se ao exame das decisões judiciais proferidas pelos tribunais franceses que reconheceram o exercício abusivo na recusa injustificada da autorização para o casamento pelo genitor que voltou atrás no consentimento inicialmente manifestado.⁴³²

À época, entendeu-se que não seria possível ao juiz suprir a autorização negada pelos genitores, sendo possibilitada, em casos excepcionais, a reparação por perdas e danos decorrente da recusa injustificada incompatível com o comportamento anterior.

Como já ressaltava JOSSERAND, à luz da jurisprudência francesa, não se trataria de direito absoluto, configurando situação de abuso a recusa manifestada tardiamente sem qualquer motivação idônea. Nos julgados analisados, a despeito de não se admitir o suprimento dessa autorização pelo juiz, determinou-se a condenação por perdas e danos do genitor que não conseguiu comprovar a existência de fundamento razoável para a sua abrupta retratação.⁴³³

Na legislação brasileira atual já está prevista de forma expressa a possibilidade de suprimento judicial da negativa de consentimento de qualquer dos genitores, quando esta se revelar injusta⁴³⁴. De acordo com CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON

idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez". Recentemente, contudo, este artigo foi alterado pela Lei 13.811, de 2019, que passou a proibir por completo o casamento de menores de dezesseis anos: "[n]ão será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código". De acordo com FLAVIO TARTUCE, essa proibição ao que alguns denominam "casamento infantil" não se estenderia para os casos de união estável, tendo em vista que se trata de norma restritiva e que a lei silenciou a esse respeito. Como exemplo, cita a hipótese de uma adolescente de quinze anos que tenha engravidado do namorado de dezoito, sendo desejo de ambos formar com o filho nascido dessa união uma entidade familiar. TARTUCE, Flávio. A lei 13.811/2019 e a união estável do menor de 16 anos. *Migalhas*, São Paulo, 13 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI300873,91041-A+lei+138112019+e+a+uniao+estavel+do+menor+de+16+anos>. Acesso em: 10 out. 2019.

⁴³¹ Art. 1.518. "Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização".

⁴³² JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 110.

⁴³³ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 111-112. Nesse sentido, Jossierand frisa o elemento subjetivo do abuso: "*L'abus est constitué ici, non point seulement par l'intention de nuire, par la malveillance, mais aussi par la légèreté, le caprice, l'inconstance, d'une façon plus générale et négativement, par l'absence de raison sérieuse, de motif légitime*". JOSSERAND, Louis. *op.cit.*, p. 112. Em tradução livre: o abuso se evidencia aqui não mais somente pela intenção de prejudicar, pela malícia, mas também pela leveza, capricho, inconstância, de uma maneira mais geral e negativamente, pela ausência de razão séria, de motivo legítimo.

⁴³⁴ Art. 1.519. "A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz".

ROSENVALD, "deve o juiz ouvir os pais e apurar as suas razões para a recusa do casamento de seu próprio filho, somente autorizando o casamento se houver visível abuso do direito pelos responsáveis"⁴³⁵.

Ressalta-se, igualmente, a possibilidade de exercício abusivo do direito previsto no art. 1.518, que traz a possibilidade de revogar a autorização inicialmente concedida para o casamento até a data da celebração. Considerando o disposto no art. 1.519 do Código Civil, que possibilita o suprimento judicial, tem-se que poderá configurar situação de abuso a revogação manifestada de forma injustificada em data próxima ao casamento, impedindo seja pleiteado o seu suprimento judicial oportunamente.

Nessa situação, poderá haver a responsabilização do genitor que incorrer na conduta abusiva pelos gastos assumidos em decorrência do planejamento do casamento, inclusive com a sua condenação a eventual reparação pelos danos morais sofridos pelos menores em decorrência do cancelamento repentino ou adiamento da celebração a tempo de obter a autorização judicial.

Cuida-se, no entanto, de hipótese de pouca aplicação prática, tendo em vista a tendência dominante na sociedade de que os casamentos ocorram cada vez mais tarde na vida das pessoas, quando a autorização dos genitores há muito já deixou de ser necessária.

3.3.3 O abuso na vedação da convivência com os avós

JOSSERAND já citava em sua obra este exemplo, extraído da jurisprudência francesa, afirmando - ainda com relação ao pátrio poder⁴³⁶ -, que não poderia haver a vedação sistemática pelo pai, ou, na sua ausência, pela mãe, de qualquer contato com os avós, quando não houvesse uma "razão séria" ou "motivo legítimo" que o justificasse⁴³⁷.

⁴³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6. p. 235.

⁴³⁶ Nesta passagem, o autor se refere aos "*attributs de la puissance paternelle qui intéressent la personne même de l'enfant*", ou seja, aos atributos do pátrio poder relativos à pessoa do filho. JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 100.

⁴³⁷ No original: "*il ne peut donc leur interdire systématiquement toutes relations avec leur grand-parents en supprimant visites et correspondance; une telle attitude ne serait admissible qu'autant qu'elle tiendrait à une 'raison sérieuse', à un 'motif légitime' de nature à en constituer la justification*". Noutra passagem, Jossierand afirma que "*la recherche d'un fin égoïste est constitutive d'abus aussi bien que le serait celle d'un but directement contraire aux intérêts de l'enfant*", ou, a busca de um fim egoísta caracteriza o abuso da mesma forma que um objetivo diretamente contrário aos interesses da criança. Sustenta, assim, que, se houver recusa arbitrária, seja por ciúme, antipatia, por interesse ou vingança, a recusa do genitor será abusiva, devendo o

Ainda hoje, a hipótese de abuso do direito evidenciado na proibição, pelo genitor guardião, do contato da criança com os avós é bastante referenciado pela doutrina como hipótese de “abuso do exercício do poder familiar”⁴³⁸.

Em 2011, foi incluído de forma expressa no Código Civil de 2002 o direito de visitas dos avós no parágrafo único do artigo 1.589, que assim dispõe: “[o] direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”. O dispositivo legal consolidou entendimento que já vinha despontando na doutrina e jurisprudência sobre a importância da convivência da criança com os progenitores⁴³⁹, tendo em vista a relevância desse contato para a saudável estruturação psíquica da criança e do adolescente.

Ressalta-se, contudo, que o dispositivo se refere à necessidade de intervenção judicial para regular a visita dos avós. Entende-se que o art. 187 permitiria atrair a incidência do abuso do direito e fundamentar condenação por responsabilidade civil quando, diante da ausência de regulamentação pelo juiz desse direito de convivência, os pais impeçam qualquer contato dos filhos com os avós sem qualquer justificativa razoável para tanto, em violação aos fins sociais do poder familiar e aos bons costumes. Da mesma forma, a teoria do abuso do direito e sua previsão no art. 187 poderia ser invocada no caso de impedimento, pelos pais, do contato dos filhos com a família extensa, tendo em vista a ausência de previsão no Código Civil do direito de convivência com os demais parentes⁴⁴⁰.

Sobre o tema, interessante notar o enunciado 333 da V Jornada de Direito Civil, de acordo com o qual o direito de visitas previsto em tal dispositivo seria extensível a demais familiares que mantenham com a criança laços de afinidade e afetividade, como,

juiz determinar o contato do menor com seus ascendentes em dias e horários determinados. JOSSERAND, Louis. *op. cit.*, p. 104.

⁴³⁸ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 103. No mesmo sentido: AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 314; LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4. v. 4. p. 997-1017. p. 1009; CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do Direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 196-197.

⁴³⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 532.

⁴⁴⁰ De acordo com o art. 25, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90 alterada pela Lei 12.010/09), “[e]ntende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

exemplificativamente, tios e madrastas ou padrastos⁴⁴¹. Por conseguinte, na mesma esteira do entendimento acima esposado, haverá abuso na conduta dos genitores ou guardiões que cercearem o contato da criança ou do adolescente com os integrantes de sua família ampliada, quando tal convívio se revelar benéfico ao seu saudável desenvolvimento.

3.3.4 O abuso do direito evidenciado na Alienação Parental

Para introduzir o tema da síndrome da alienação parental, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE traça um paralelo com a tragédia grega Medeia, de Eurípedes (480-406 A.C.). De acordo com a narrativa, Medeia era apaixonada por Jasão e por ele chegou a abandonar o seu pai e trair a própria pátria. No entanto, após ser traída por Jasão, a protagonista acaba por ceifar a vida tanto da nova mulher de Jasão como dos próprios filhos com ele concebidos. Ao fazê-lo, intentava puni-lo tirando-lhe os filhos, tanto aqueles decorrentes de seu relacionamento, como aqueles que poderiam ser concebidos com a segunda esposa, também assassinada.⁴⁴²

Através dessa metáfora, EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE leva à conclusão de que, na alienação parental, embora não ocorra uma morte física, é possível falar em uma morte psíquica na qual o genitor alienador mata simbolicamente a figura dos filhos para que o genitor alienado vivencie o vazio de não ter o seu afeto. Segundo o autor, portanto, desde a Antiguidade, já podiam ser encontradas as raízes da alienação parental.

Em 1985, RICHARD A. GARDNER, um psiquiatra norte-americano professor de psiquiatria infantil na Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, tratou do que denominou Síndrome⁴⁴³ da Alienação Parental a partir do estudo de uma série de casos concretos envolvendo crianças no contexto de disputa de custódia. Nessa pesquisa, relatou

⁴⁴¹ Enunciado 333: “O direito de visita pode ser estendido aos avós e a pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”.

⁴⁴² OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. *Alienação parental: do mito à realidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 39.

⁴⁴³ Segundo observa Giselle Groeninga, a opção pelo termo síndrome é alvo de críticas tanto por parte de juristas como por psicanalistas tendo em vista que a alienação parental não seria, sob o ponto de vista técnico, uma síndrome. Sustenta, assim, que o melhor seria falar em “Fenômeno da Alienação Parental”. GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário*. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 208.

um padrão de conduta dos filhos consistente em uma aversão repentina com relação a um dos genitores por quem, antes, sentiam afeto⁴⁴⁴.

De acordo com o seu estudo, cuida-se de um distúrbio infantil (*child disorder*) que costuma aparecer no contexto de separação ou divórcio dos genitores quando ocorre, simultaneamente, uma campanha difamatória (*denigration*) feita por um dos pais (genitor alienador) em desfavor do outro (genitor alienado), perante a criança, somada à conduta ativa e independente da própria criança em criticar o genitor alienado. De acordo com o psiquiatra, além de lavagem cerebral (*brainwashing*) deve estar presente a atuação do filho contra o pai ou mãe alvo da manipulação. Cuida-se de um trabalho contínuo e, ao mesmo tempo, sutil do alienador de programar (*programming*) a criança para nutrir sentimentos negativos em relação ao outro genitor.⁴⁴⁵

Nos casos mais graves, os filhos sequer conseguem lidar com qualquer contato com o genitor odiado, sendo as visitas quase inexistentes ou de difícil operacionalização⁴⁴⁶. A alienação pode ser tamanha a ponto de gerar um comportamento extremamente agressivo da criança, que pode vir a difamar sem medidas o genitor alienado perante os amigos e familiares destes ou mesmo destruir o seu patrimônio, arremessando objetos. Em situações extremas, pode haver, inclusive, a simulação, pela criança, de ataques, como se eles houvessem sido praticados pelo genitor⁴⁴⁷.

A prática da programação de um genitor contra o outro também pode provocar na criança a chamada síndrome das falsas memórias, que corresponde à lembrança que um indivíduo traz acerca de abuso sexual cometido contra ele na infância, sendo depois constatado que tal fato não aconteceu. Este comportamento pode levar até a uma condenação criminal do genitor indevidamente acusado, sendo extremamente difícil reverter tal quadro posteriormente em razão do conjunto probatório arquitetado.⁴⁴⁸

Conforme destacam REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, não pode haver justificativa para o ato de desmoralização praticado

⁴⁴⁴ GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 29 out. 2017. p. 158.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 159.

⁴⁴⁶ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 473.

⁴⁴⁷ OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. *Alienação parental: do mito à realidade*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 171.

⁴⁴⁸ MADALENO, Rolf. *op. cit.*, p. 474.

pelo genitor em relação ao outro⁴⁴⁹. Assim, caso o genitor não guardião tenha, de fato, praticado algum ato de violência contra a criança, não há que se falar em alienação parental. De outra parte, em sendo as acusações feitas pelo alienador injustificadas, as consequências da alienação parental para a criança no futuro podem ser drásticas, variando desde problemas de adaptação e socialização, vício em álcool e outras substâncias entorpecentes até transtornos psiquiátricos graves como a depressão crônica, com o risco de culminar em suicídio⁴⁵⁰.

PAULO LÔBO ressalva que nem toda conduta depreciativa de um genitor separado em relação ao outro pode ser considerada alienação parental, chamando a atenção para a importância de que a esfera psicológica da criança ou adolescente tenha sido realmente afetada por aquela conduta⁴⁵¹. Por esse olhar, não seriam considerados atos de alienação parental meros comentários feitos por um genitor sobre o outro, em momento de maior sensibilidade daquele, em geral por algum ressentimento da relação, que não produzam alteração na saúde mental do filho⁴⁵².

RICHARD A. GARDNER elenca como principais manifestações do que denominou síndrome de alienação parental: (i) uma campanha de difamação feita pelo genitor alienador contra o alienado; (ii) críticas norteadas por razões fracas, frívolas ou absurdas; (iii) falta de ambivalência, isto é, pensamento maniqueísta da criança de que um genitor é o bom ou herói e o outro é o mau ou vilão; (iv) o fenômeno do “pensador independente”, caracterizado pela certeza da criança de que chegou a todas as conclusões negativas sobre o genitor alienado por conta própria; (v) apoio reflexivo ao genitor alienador no conflito parental; (vi) ausência de culpa pela difamação do genitor alienado; (viii) presença de

⁴⁴⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 413.

⁴⁵⁰ MADALENO, Rolf. *op. cit.*, p. 475.

⁴⁵¹ O posicionamento de Paulo Lôbo vai ao encontro da definição de alienação parental prevista no art. 2º da Lei 12.318/10, que faz referência, especificamente, à "interferência na formação psicológica da criança". Reproduz-se, aqui, o teor desse dispositivo: "[c]onsidera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este".

⁴⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto; LÔBO, Fábíola Albuquerque. A Responsabilidade Civil do Cônjuge pela Má Gestão dos Bens Comuns e Privativos. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (coord.). *Responsabilidade civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 199.

encenações “encomendadas”; (ix) extensão da animosidade aos amigos e/ou familiares do genitor odiado.⁴⁵³

As expressões da alienação parental foram inseridas de forma bastante similar às acima elencadas na Lei 12.318 de 2010 (Lei da Alienação Parental), que disciplinou o tema no Brasil. Também foram levadas em consideração na elaboração da lei as medidas sugeridas por RICHARD A. GARDNER como punição ao genitor alienador. Assim, os atos de alienação parental podem gerar as sanções de advertência, aplicação de multa, modificação do regime de visitas, a perda da guarda e, nos casos mais graves, a suspensão da autoridade familiar⁴⁵⁴. A doutrina prevê, ainda, a possibilidade de destituição do poder familiar nos casos extremos. Vale notar que qualquer pessoa que venha a cuidar da criança pode ser agente da alienação parental, o que também é disciplinado pela lei brasileira. Assim, tios, avós ou até mesmo babás podem vir a ser responsabilizados por tal prática⁴⁵⁵.

A repressão à alienação parental na Lei 12.318 de 2010 representou uma positivação de diversas formas de exercício inadmissível de direitos no âmbito das relações de filiação. Não há como negar que a conduta do genitor que programa o filho contra o outro genitor ou algum parente equivale ao excesso manifesto no exercício da posição jurídica de guardião para atentar contra os interesses da criança ou do adolescente.

Com esse entendimento, afirmam JOSÉ FERNANDO SIMÃO e FLÁVIO TARTUCE:

Enuncia-se que “a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, *constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente* e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda” (art. 3.º da Lei 12.318/2010, destaque deste autor). Desse modo, não há dúvida que, além das consequências para o poder familiar, a alienação parental pode gerar a

⁴⁵³ GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 29 out. 2017.

⁴⁵⁴ Art. 6º. "Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar".

⁴⁵⁵ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 472.

responsabilidade civil do alienador, por abuso de direito (art. 187 do CC). Tal responsabilidade tem natureza objetiva, independendo de culpa, nos termos do enunciado n. 37 do CJF/STJ.⁴⁵⁶

Nessa linha de raciocínio, a prática de alienação parental pode ser apontada como um caso ainda mais grave no qual está presente o abuso do direito. Diz-se mais grave porquanto nefastas as consequências para a criança objeto desse transtorno psicológico do genitor ou, consoante o disposto na Lei 12.318/10, qualquer pessoa que detenha a criança ou o adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância. Nesta situação, o causador extrapola o direito de estar com a criança e utiliza palavras ou até mesmo a implantação de falsas memórias para colocá-la contra o outro genitor.

Por este prisma, verifica-se que, ainda que não houvesse regulamentação legal coibindo atos que acarretem a alienação parental, estes poderiam ser reprimidos pela disciplina do abuso do direito, com a direta aplicação do art. 187 do Código Civil. Contudo, fato é que a Lei 12.318 proporcionou maior segurança jurídica ao especificar não apenas os atos abusivos, mas, também, um rol de sanções de maior ou menor gravidade a depender da conduta abusiva.

Essa discussão adquire relevância, na medida em que, assim como a Lei 13.010/14, acima citada, também a Lei 12.318/10 recebeu renovada atenção da comunidade jurídica, pois, recentemente, passou a ser objeto de diversos projetos de lei visando seja a sua revogação⁴⁵⁷, seja a sua alteração⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Ed. Método, 2013. v. 5. p. 392-393, grifo dos autores.

⁴⁵⁷ O Projeto de Lei do Senado n° 498, de 2018, objetiva a revogação da Lei da Alienação Parental "por considerar que tem propiciado o desvirtuamento do propósito protetivo da criança ou adolescente, submetendo-os a abusadores.". <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134835>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁴⁵⁸ O Projeto de Lei 10.182/18 objetiva a alteração da lei para que a denúncia de um genitor contra o outro seja não apenas falsa, mas "reconhecidamente falsa", e, ainda, que diante de mínimos indícios de prática de abuso sexual pelo alienador, sejam evitadas as medidas que ampliem a convivência com este. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1657799&filename=Tramitacao-PL+10182/2018 acesso em 10 nov. 2019. O Projeto de Lei 10.402/18 também trata da questão da falsa denúncia e pretende a inclusão do §2º ao artigo 2º da Lei 12.318/10 para exigir que os fatos tenham sido apurados anteriormente em inquérito policial já concluído. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668069&filename=Tramitacao-PL+10402/2018. Acesso em: 10 nov. 2019. O projeto de lei 10.712/18, por sua vez, busca alterações mais robustas na Lei de Alienação Parental e, ainda, a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dentre as mudanças com relação à Lei de Alienação Parental, confere maior relevo à perícia psicológica e/ou biopsicossocial, elevadas a requisitos para a inversão da guarda, salvo decisão judicial em contrário. Além disso, impede que a guarda seja conferida a investigado ou processado criminalmente por atos praticados contra criança ou adolescente. BRASIL. *O Projeto n. [?]*, 2008. Altera artigos da Lei n° 12.318, de 2010 e da Lei n° 8.069, de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a modificar procedimentos relativos

Os que se posicionam contrariamente à Lei de Alienação Parental acusam a norma de, muitas vezes, punir a genitora equivocadamente por atos de alienação atribuindo a guarda ao genitor abusador, quando aquela não consegue comprovar os abusos. Mais gravemente, aponta-se que a normativa acobertaria casos de abuso sexual, com a colocação do menor sob a guarda do pedófilo. Além disso, questiona-se a idoneidade e isenção do precursor RICHARD GARDNER na construção da teoria⁴⁵⁹, bem como o seu embasamento científico⁴⁶⁰.

A defesa da lei passa pela ideia de que se, por um lado, há situações em que ocorre a prática de abuso sexual contra a criança ou o adolescente, não há como deixar de se reprimir a alienação parental, considerada por GISELLE GROENINGA uma "prática nefasta", incumbindo à perícia interdisciplinar legalmente prevista identificar se se trata de uma experiência real vivida pelo menor ou fantasiosa, especialmente em se tratando de crianças, consideradas, sob o ponto de vista psicanalítico, "extremamente vulneráveis à sedução dos adultos". Além disso, sustenta-se que a inversão da guarda com base na lei apenas tem ocorrido, na prática, não de forma indiscriminada, como apontam os opositores, mas em casos excepcionais, quando reconhecida relevante agressão psíquica à criança. Argumenta-se, da mesma maneira, que a lei asseguraria a igualdade dos pais em relação aos cuidados com a criança e o direito desta à participação de ambos no seu desenvolvimento⁴⁶¹.

Diante do exposto, mesmo na hipótese de a lei vir a ser revogada, poderia, ainda assim, na linha do entendimento exposto por JOSÉ FERNANDO SIMÃO e FLAVIO

à alienação parental. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1679737&filename=PL+10712/2018. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁴⁵⁹ Dentre as acusações dirigidas a Richard Gardner, Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno ressaltam a "alegação de que ele teria criado essa teoria para defender ex-combatentes acusados de violência contra mulheres e/ou abuso sexual dos filhos, e que teria atuado como perito nos processos de divórcio com a estratégia de desacreditar a vítima para inverter as posições. MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. *Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 65.

⁴⁶⁰ "Seus trabalhos foram difundidos em veículos de comunicação tidos como não reconhecidos por seu nível de cientificidade; seus livros foram publicados por uma editora – a Creative Therapeutics Inc. –, que o tinha como único autor e cujo conselho editorial foi também alvo de críticas". GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário*. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 206-207.

⁴⁶¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA. *Especialistas do IBDFAM são contra revogação da Lei de Alienação Parental*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7095/Especialistas+do+IBDFAM+são+contra+revogação+da+Lei+de+Alienação+Parental>. Acesso em: 10 nov. 2019.

TARTUCE, ser coibida a prática de alienação parental através do recurso ao art. 187 do Código Civil como exercício abusivo do poder familiar ou mesmo da guarda⁴⁶² de forma incompatível com o desenvolvimento da criança e do adolescente e sua estruturação psíquica.

Conforme sustenta THAMIS DALSENTER VIVEIROS DE CASTRO, "a alienação parental nada mais é do que o abuso do poder familiar", aqui entendido como "uma situação jurídica complexa, composta de direitos, poderes e deveres de origem patrimonial e existencial"⁴⁶³. A autora sustenta que o abuso do direito decorreria, nessa espécie, da violação do dever de cooperação compreendido na cláusula-geral dos bons costumes. Pertinente transcrever um trecho dessa fundamentação:

Diante do afastamento que a alienação parental promove, o comportamento do genitor que abusa do seu direito representa uma conduta não colaborativa, no sentido que não se direciona ao princípio do melhor interesse da criança - que nada mais é do que o princípio da dignidade da pessoa humana aplicada a um grupo especialmente vulnerável que é o das crianças. Em suma, é abusivo porque o exercício da autonomia familiar de um dos pais se dá na forma não colaborativa, o que significa necessariamente uma diminuição ou ameaça de diminuição à esfera jurídica do outro, que terá diminuída a sua autonomia familiar, sem contar os interesses dos filhos que serão atingidos pela disputa parental.⁴⁶⁴

Nota-se, por fim, que, na vigência da lei, o instituto do abuso também é aplicável na medida em que o art. 2º, parágrafo único, ao exemplificar formas de alienação parental, cita os avós apenas no último inciso, relativo à apresentação de denúncia falsa. Embora a lei traga os genitores como as maiores vítimas da alienação parental, seria possível estender, através da aplicação da teoria do abuso do direito, o reconhecimento da alienação contra os avós às hipóteses em que estes não são mencionados no referido

⁴⁶² José Fernando Simão chama a atenção para a necessidade de se diferenciar a guarda do poder familiar, institutos que, muitas vezes, acabam sendo confundidos pela doutrina. Enquanto o poder familiar consistiria na função atribuída aos genitores como decorrência da paternidade e maternidade, instituída em benefício dos filhos menores, no interesse de quem deve ser exercida, a guarda corresponderia, simplesmente, à "companhia fática de uma pessoa com relação à outra a qual a lei atribui efeitos jurídicos. Quem tem a guarda, tem, faticamente, a companhia do menor e, portanto, tem o dever de cuidar do menor e zelar por sua segurança. Isso e apenas isso". SIMÃO, José Fernando. *Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/222874847/sobre-a-doutrina-guarda-compartilhada-poder-familiar-e-as-girafas-por-jose-fernando-simao>. Acesso em: 31 out. 2019.

⁴⁶³ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons Costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 233.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 234.

dispositivo ou, ainda, a outros membros da família extensa ou ampliada⁴⁶⁵ não expressamente mencionados⁴⁶⁶.

3.3.5 Situações de abuso do direito em que podem incorrer o devedor ou o credor da prestação de alimentos

Segundo YUSSEF SAID CAHALI, na sua acepção mais comum, os alimentos correspondem a “tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida”. Tecnicamente, deveria ser acrescida a esta definição “a ideia de obrigação que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite”⁴⁶⁷.

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO reproduz o conceito de Ulpiano sobre alimentos, bastante próximo do atual, que traz como significado “o comer, o beber, a manutenção do corpo e tudo o que é necessário à vida do homem”⁴⁶⁸. Em linhas gerais, portanto, a definição de alimentos sempre esteve relacionada à ideia de subsistência, isto é, de meios para que um indivíduo possa sobreviver⁴⁶⁹.

Gradativamente, a noção de alimentos evoluiu para deixar de estar necessariamente restrita ao sustento. Os alimentos, sob o prisma atual, consistem nos meios necessários para uma existência digna, passando a incorporar outros aspectos da vida, tais como o direito à saúde, à moradia, ao lazer e, no caso de contemplar os filhos, abrangem “o que for possível para a sua instrução”, na lição de SILVIO RODRIGUES⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Confira-se conceito do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reproduzido na nota de rodapé 382.

⁴⁶⁶ Art. 2º, parágrafo único. “São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós”. O dispositivo em referência, como se percebe, fala em “formas exemplificativas” e somente o último inciso trata dos avós.

⁴⁶⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 15.

⁴⁶⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 303.

⁴⁶⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 253.

⁴⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. p 374. No mesmo sentido: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *op. cit.*, 2013. p. 307.

Os alimentos visam, assim, a atender as necessidades daquele que não possui condições de provê-las por si só. JORGE SHIGUEMITSU FUJITA menciona a existência de quatro requisitos do dever de prestar alimentos⁴⁷¹. O primeiro deles consiste na existência de um vínculo entre alimentante e alimentando. Tal liame pode decorrer da relação de parentesco, do casamento ou da união estável, convindo ressaltar que cônjuges e companheiros não são parentes entre si.

Em segundo lugar, é elencada a necessidade do alimentando, isto é, a impossibilidade deste de prover a sua subsistência seja pelos próprios bens ou pelo trabalho. Se, de um lado, fala-se em necessidade, do outro, deve estar presente a possibilidade econômica do alimentante, o que significa a circunstância de poder dispor de recursos próprios sem que haja privações pessoais.

Além disso, exige-se proporcionalidade entre a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. Sobre este quesito, leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que a fixação dos alimentos deverá considerar as condições pessoais tanto do alimentante como do alimentado. Ou seja, será levada em conta a proporção das necessidades do alimentado e dos recursos do alimentante.⁴⁷²

Por fim, o dever legal de alimentos é caracterizado pela reciprocidade, traduzida pela possibilidade de o devedor, futuramente, vir a reclamar alimentos do atual credor, se deles vier a necessitar. Assim, evidenciadas mudanças no binômio necessidade-possibilidade em uma mesma relação jurídico-familiar, pode haver inversão nas figuras do reclamante da prestação alimentícia e da pessoa obrigada.

No Direito pátrio, o seu fundamento pode ser encontrado na Constituição Federal de 1988, sendo o dever alimentar derivado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade social e familiar (art. 3º). No Código Civil de 2002, os alimentos são disciplinados pelo artigo 1.694 e seguintes.

Em se tratando de relação de filiação, cumpre lembrar a previsão constitucional da reciprocidade lapidada no art. 229 da Carta Magna: “[o]s pais têm o dever de assistir,

⁴⁷¹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 317.

⁴⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. p. 498.

criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O direito a alimentos visa, assim, em última análise, a assegurar a sobrevivência do ser humano, sua manutenção e dignidade. A deturpação de tal finalidade, seja pelo credor ou pelo devedor da prestação alimentícia poderá configurar situação de abuso, o que admitiria o enquadramento da conduta na moldura do art. 187 do Código Civil. A partir de tal perspectiva, tem-se que a figura do abuso do direito pode se revelar presente tanto no direito de perceber alimentos como na obrigação de prestá-los.

Mas a despeito da possível percepção de situações claramente injustas nesta seara, os exemplos usualmente trazidos pela doutrina no mais das vezes acabam por tangenciar o instituto do abuso do direito.

Nesse sentido, ROLF MADALENO elenca diversos exemplos do que considera comportamento abusivo na obrigação alimentar entre pais e filhos. Primeiramente, considera que o "genitor abusa do direito do dependente dos alimentos" quando se vale deste como "instrumento das suas recolhidas e mal resolvidas desavenças afetivas", e, constantemente, acredita estar pagando alimentos em excesso ou supõe que a representante legal do menor estaria gerindo mal os valores pagos a esse título⁴⁷³.

No entanto, respeitado esse entendimento, tendo em vista o que foi acima explicitado sobre a teoria do abuso do direito, tende-se a discordar do autor em relação ao primeiro exemplo, na medida em que o abuso do direito deve se dar em relação a direito próprio, não sendo possível abusar de direito alheio. Além disso, confronta-se a relevância conferida ao elemento subjetivo em se exigir a suposição por parte do genitor não guardião no sentido de que haveria, na expressão utilizada pelo autor, uma "conspiração alimentar" para prejudicá-lo.

Em que pese a reprovabilidade da conduta do genitor que, constantemente, suspeita de desvio dos recursos que seriam destinados ao filho, entende-se que só haveria abuso quando esta suspeita se materializasse em efetivas e reiteradas interpelações da criança ou do representante legal. Diante da concepção objetiva do abuso desenvolvida alhures, a conduta abusiva não seria extraída da intenção do devedor de alimentos, mas,

⁴⁷³ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 959.

por exemplo, através de seguidas mensagens pedindo especificação dos gastos e cópias de notas fiscais. Mais gravemente, poderia se falar em abuso na propositura de demanda judicial pelo devedor visando à prestação de contas em face do representante legal do credor de alimentos sem qualquer indício de má gestão, irregularidade ou privação de informação.

Nesse caso, vale notar, o abuso do direito não ocorreria em relação ao direito do credor de receber alimentos, mas em relação ao § 5º do art. 1.583⁴⁷⁴ do Código Civil, que confere aos genitores legitimidade para solicitar informações ou prestação de contas em relação a assuntos que digam respeito ao interesse dos filhos, ou, ainda, em relação ao art. 1.589⁴⁷⁵, também do Código Civil, que confere ao genitor não guardião o poder de fiscalizar a manutenção do filho.

O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma ocasião, determinou a extinção de ações de prestação de contas propostas por um genitor contra o outro fundadas nos dispositivos acima. A jurisprudência da Corte sinalizou o entendimento de que não haveria interesse de agir na exigência de prestação de contas em face do representante legal do alimentando, na medida em que os alimentos seriam irrepetíveis, incorporando-se na esfera do credor após o seu pagamento, não havendo que se falar em saldo devedor em favor daquele que deflagra a ação. Consoante determinado, a insurgência em relação à destinação da verba alimentar seria adequadamente resolvida em demanda revisional, de modificação da guarda ou de suspensão do poder familiar, que permitiriam a adequada instrução probatória quanto à acusação do uso da verba alimentar em prejuízo do menor⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ O dispositivo referido, incluído pela lei 13.058/14 dispõe que "[a] guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos".

⁴⁷⁵ Art. 1.589. "O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação".

⁴⁷⁶ Nesse sentido: REsp 985061/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 20.05.2008; AgRg no REsp 1378928/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 13.08.2013; REsp 970147/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para Acórdão Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 04.09.2012, AgRg no Ag 1.269.320/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 22.03.2011. Em sentido contrário, Rolf Madaleno dispõe que, após a lei 13.058/14, que acrescentou o § 5º ao art. 1.583, seria possível a ação de prestação de contas de um cônjuge contra o outro, já que o dispositivo "consagra a possibilidade sempre negada pela jurisprudência brasileira da ação de prestação de contas do pagamento da pensão alimentícia, atribuindo, expressamente, legitimidade ativa ao genitor não guardião para solicitar informações ou prestação de contas sobre assuntos ou situações que reflitam sobre a saúde física e psicológica e a educação dos seus filhos e, obviamente, neste espectro de incidências a pensão alimentícia se apresenta como fundamental

Chama-se a atenção para o REsp 1637378/DF, cujo relator, Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, destacou o risco de esse mecanismo processual representar abuso por parte de quem o propôs:

Não se justifica a propositura da ação de prestação de contas por suposto risco de não ser a pensão alimentícia administrada corretamente pelo representante ou assistente do menor. Tal circunstância dependeria da prova do efetivo prejuízo ao alimentando e poderia conduzir à suspensão do poder familiar do administrador da verba, o que é incompatível com o rito da ação de prestação de contas. A eventual má administração de numerário destinado à manutenção e educação de filho, e consequente enriquecimento sem causa, em verdade, deve ser objeto de uma análise global na via adequada, com ampla instrução probatória, até mesmo para evitar abusos por parte de quem a alega.⁴⁷⁷

ROLF MADALENO também classifica de abuso do direito a conduta do credor que deixa de informar o desaparecimento da necessidade que ensejou o dever alimentício em primeiro lugar. À guisa de exemplo, cita a hipótese do alimentando maior de idade, que, concomitantemente aos estudos, exerce função remunerada, auferindo o suficiente para se manter, ou, ainda, que constituiu família. Na sua visão, haverá exercício abusivo de sua posição jurídica se este jovem oculta a sua situação atual do devedor de alimentos ou mesmo se vale de mecanismos protelatórios na ação de exoneração de alimentos para se valer do caráter sem repetição destes e enriquecer às custas da renda extra que continua a

direito a ser fiscalizado". MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 965. Mesmo após o advento da lei, no entanto, há julgados extinguindo o feito sem julgamento do mérito em razão da ausência de interesse de agir (TJSP, Apelação 1014389-09.2018.8.26.0562, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, Oitava Câmara de Direito Privado, j. 11.12.2019), ou, ainda, entendendo que a prestação de contas é, em tese, admissível, afastando-se, no caso concreto, o interesse processual do autor ao reconhecer "abuso por parte do devedor de alimentos no ajuizamento da presente ação de prestação de contas", sob o entendimento de que "[n]ão se pode prestar contas a respeito de alimentos que não foram pagos" (TJSP, Apelação 1022280-80.2016.8.26.0100, Rel. Des. Viviani Nicolau, Terceira Câmara de Direito Privado, j. 28.01.2018); em outro caso, em que a prestação de contas foi exigida pelo alimentante em reconvenção apresentada em revisional de alimentos, aquela foi julgada improcedente com fundamento na ausência de indícios mínimos de má gestão (TJSP, Apelação 1000252-04.2018.8.26.0083, Rel. Des. Ana Maria Baldy, Sexta Câmara de Direito Privado, j. 04.10.2013). Manifestando o mesmo entendimento, vale conferir, ainda, TJSP, Apelação 1000252-04.2018.8.26.0083, Rel. Des. Ana Maria Baldy, Sexta Câmara de Direito Privado, j. 04.10.2013.

⁴⁷⁷ Noutra passagem, o relator salienta a aplicação do abuso do direito às relações jurídicas familiares e reforça a possibilidade de uso abusivo do mecanismo processual de prestação de contas: "[n]ão se está a negar a possibilidade do abuso do direito (art. 187 do Código Civil de 2002) no Direito de Família, especialmente no que tange ao desvio ou má gestão da verba alimentar destinada à prole. Todavia, existindo a intenção de prejudicar os filhos por meio de temerária administração dos alimentos é necessário que se acione o Judiciário para a avaliação concreta do melhor interesse da criança ou adolescente, num contexto global. Permitir ações de prestação de contas significaria incentivar ações infundáveis e muitas vezes infundadas acerca de possível malversação dos alimentos, alternativa não plausível e pouco eficaz no Direito de Família" (STJ, REsp 1637378/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j.19.02.2019).

receber com fundamento no longínquo vínculo surgido da necessidade alimentar presumida.⁴⁷⁸

Embora, inicialmente, este exemplo seja atrelado ao abuso do direito, sendo inclusive este o título conferido ao tópico: "o abuso do direito nos alimentos", o seu embasamento não é extraído do art. 187. O autor recorre aos artigos sobre o enriquecimento sem causa⁴⁷⁹, ao fundamentar que "afronta a moral jurídica permitir o enriquecimento indevido diante da expressa proibição do artigo 884 do Código Civil", e ao art. 113 do Código Civil, relativo à boa-fé, aduzindo que "não age de boa-fé o alimentando que esconde ou dissimula qualquer causa extintiva do seu direito alimentar para embolsar pensões alimentícias que deixam de ser devidas"⁴⁸⁰.

A vedação ao enriquecimento sem causa admitiria a possibilidade de excepcionar o caráter sem repetição e insuscetível de compensação dos alimentos, para admitir que o prejudicado reivindique a devolução dos valores recebidos indevidamente.⁴⁸¹

JOSÉ FERNANDO SIMÃO identifica ausência de boa-fé daquele que se vale de uma prestação alimentar remanescente em razão de um ensino cursado apenas sob o ponto de vista formal, mas não material, não podendo os alimentos servir de prêmio ao universitário negligente. Segundo a sua visão, desapareceria a obrigação de prestar alimentos ao filho que, embora matriculado em instituição de ensino superior, tenha reduzida assiduidade ou baixo rendimento em seus estudos.⁴⁸²

Há que se retomar, aqui, a dicotomia acima traçada entre a boa-fé e o abuso do direito, com a conclusão de que correspondem a institutos autônomos que podem vir a se sobrepor, mas que não se confundem, podendo ser o abuso enxergado como uma das funções da boa-fé ao mesmo tempo em que aquele possuiria um caráter mais amplo, por

⁴⁷⁸ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1038-1039.

⁴⁷⁹ Art. 884. "Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido". Art. "885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir". Art. 886. "Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido".

⁴⁸⁰ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1039.

⁴⁸¹ PHILLIPS, Douglas. O dano moral pelo abuso de direito na execução de alimentos. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (coord.). *Responsabilidade civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 150.

⁴⁸² SIMÃO, José Fernando. Alimentos decorrentes da conjugalidade: uma categoria jurídica em releitura?, *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 0, jan./mar. 2016. p. 91.

também abranger a violação manifesta aos bons costumes e aos fins econômicos e sociais do direito.

Não se questiona a violação da boa-fé pelo credor de alimentos que oculta o término de sua necessidade ou que persiste no recebimento de alimentos sem se dedicar aos estudos que fundamentam a permanência da obrigação alimentar mesmo após a maioridade. Propõe-se, no entanto, que, em ambos os casos, possa também ser evidenciada a conduta abusiva na forma do art. 187 do Código Civil, seja pelo exercício do direito de perceber alimentos de forma manifestamente avessa à boa-fé em razão da violação ao dever de lealdade e de informação pelo credor de alimentos, seja pelo excesso para além dos fins econômicos e sociais do direito de perceber alimentos, considerando não haver, no primeiro caso, insuficiência de recursos do alimentando, e, no segundo, não estar sendo atendida a finalidade de educação⁴⁸³.

Por esse prisma, a ocultação de informação pelo jovem quanto ao desaparecimento da necessidade alimentar, ou, ainda, a conduta reiteradamente relapsa do estudante, por exemplo, através da lista de frequência das matérias em que se inscreveu ou de seu histórico escolar, atrairia a aplicação da teoria do abuso do direito para limitar a conduta do filho maior de idade que continua a perceber alimentos, caso em que o devedor poderá buscar, judicialmente, a cessação do dever de prestá-los e, excepcionalmente, a devolução dos alimentos indevidamente percebidos⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Nesse sentido, confira-se raro julgado em que houve o reconhecimento do abuso do direito de perceber alimentos em razão do excesso para além dos fins sociais deste direito: "DIREITO CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA - PODER FAMILIAR - DEVER DE SUSTENTO - PRESTAÇÃO IN NATURA - ALIMENTOS CIVIS - MANUTENÇÃO DA CONDIÇÃO SOCIAL - VEDAÇÃO AO ABUSO DE DIREITO - SENTENÇA MANTIDA *IN TOTUM*. 1. Os alimentos civis, devidos em razão do dever de sustento - poder familiar -, nos termos do caput do art. 1694 do Código Civil, devem ser os necessários para que o alimentando viva de modo compatível com a sua condição social, mantendo o *status* da família, além de abranger as necessidades primárias da vida referentes a todo ser humano (alimentação, vestuário, saúde, habitação etc.). 2. O termo jurídico "condição social", previsto no caput do art. 1694 do Código Civil é uma cláusula geral - não definida quanto à sua extensão pelo legislador -, competindo ao julgador, *in casu*, dar o seu verdadeiro significado e alcance, que, com certeza, não poderá ser invocado para que o alimentado leve uma vida de luxo, ostentação e gastos supérfluos por conta do alimentante. 3. Nos termos do art. 187 do Código Civil age com abuso de direito aquele que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Excedem os fins sociais dos alimentos, devidos em razão do poder familiar, os pleiteados em desconformidade aos que usualmente são pagos com a educação e tratamento médico-hospitalares. 4. Apelo desprovido" (TJDF, Apelação 459373, 20040110106554, Rel. Des. Sérgio Bittencourt, Quarta Turma Cível, j. 20.10.2010).

⁴⁸⁴ Diante da alternativa de buscar a exoneração do dever alimentar e, ainda, a responsabilidade civil do agente do abuso do direito, aplica-se o art. 886 do Código Civil, que confere caráter subsidiário à ação fundada no

3.4 A INCIDÊNCIA DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO NAS RELAÇÕES ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS

Também no âmbito das relações entre cônjuges e companheiros é possível identificar comportamentos abusivos, demandando a atuação do Direito para reprimi-los e conformá-los.

JOSSERAND descreve em sua obra a evolução do poder marital, inicialmente considerado espécie de direito unilateralmente exercido pelo marido para satisfazer seus interesses egoístas, sob a forma de dominação, passando a ser entendido como uma prerrogativa social em prol da família e da comunidade, estando, por isso, sujeita a determinados contornos. Para ilustrar, menciona a limitação ao direito do marido de fiscalizar a correspondência da mulher quando esta exercer profissão em relação à qual deva guardar sigilo, ou, ainda, a possibilidade de formulação do pedido de separação ou divórcio pela esposa que venha a sofrer graves castigos aplicados pelos maridos, outrora socialmente aceitos.⁴⁸⁵

Percorrido esse caminho, conclui que haveria abuso no exercício do poder marital de modo incompatível com o bem-estar da família ou contrariamente aos costumes. O abuso consubstanciado no desvio do poder de sua destinação de atender aos interesses da família acarretaria "diversas sanções, principalmente a separação de corpos ou o divórcio".⁴⁸⁶

Ainda sob a sistemática anterior, em que a direção da sociedade conjugal era atribuída ao homem, JOSÉ CALVO SOTELO também reconhece o abuso do direito nesse contexto familiar, referindo-se à situação em que o marido, valendo-se do seu direito de controle sobre as relações interpessoais da mulher, proíbe-a de qualquer contato com seus pais, ou, ainda, o abuso evidenciado na fixação do domicílio conjugal pelo marido, trazendo julgados do final do século XIX ao início do século XX que reconhecem o abuso

enriquecimento sem causa, segundo ressalta Flavio Tartuce. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5. p. 316.

⁴⁸⁵ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 115-116.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 117.

do direito nessas hipóteses.⁴⁸⁷ Não há, contudo, maior aprofundamento em relação aos casos aportados.

Com efeito, as relações familiares sofreram profundas transformações ao longo do tempo, que, inevitavelmente, refletiram no Direito, dinâmico por excelência. Conforme destaca SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, algumas das principais mudanças recentemente observadas consistiram na paridade entre os cônjuges, na maior facilidade para obter a separação e o divórcio, na horizontalidade em substituição à hierarquia entre os membros da família e na crescente despatrimonialização das relações familiares, com priorização dos laços de amor e do afeto.⁴⁸⁸

Embora a atual realidade familiar não mais comporte os casos inicialmente aventados pelos teóricos do abuso do direito no âmbito do exercício do poder marital, permanece o exercício inadmissível de posições jurídicas na constância do casamento e da união estável, sendo o abuso do direito, ainda hoje, aplicado para reprimir situações de aparente e formal licitude que contrariam material ou axiologicamente o ordenamento jurídico como um todo.

Passa-se, assim, a um recorte de situações referidas na doutrina e na jurisprudência de modo a demonstrar o alcance da teoria do abuso do direito como ferramenta para a solução de conflitos entre cônjuges, companheiros e, ao final, noivos, principalmente a partir das novas tendências que permeiam os relacionamentos amorosos.

3.4.1 Situações de abuso do direito com relação aos alimentos prestados entre cônjuges e companheiros

Como observa JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, a quantidade de artigos tratando dos alimentos entre cônjuges passou de nove no Código Civil de 1916 para dezesseis no Código Civil de 2002⁴⁸⁹. Houve, assim, maior regulamentação do dever de prestar alimentos, sendo inseridas, dentre outras modificações, normas específicas para disciplinar os alimentos entre cônjuges e companheiros.

⁴⁸⁷ SOTELO, José Calvo. *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1917. p. 193-194.

⁴⁸⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 48.

⁴⁸⁹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 249.

De fato, a leitura atenta do Código Civil de 1916 permite constatar a ausência de previsão expressa de prestação alimentícia entre cônjuges. Na sua vigência, os alimentos fundavam-se, essencialmente, na relação de parentesco, conclusão depreendida, principalmente, a partir da redação do art. 396 do Código Civil de 1916, segundo o qual “podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos, de que necessitem para subsistir”.

A obrigação de prestar alimentos nas relações maritais era, em verdade, extraída do dever conjugal de mútua assistência⁴⁹⁰, anteriormente previsto no art. 231, III, do revogado Código, que migrou para o artigo 1.566, III, do diploma atual. Também no art. 233, IV, do Código Civil de 1916 era possível inferir o dever em questão, visto que este dispositivo disciplinava o poder marital e atribuía ao marido a chefia da sociedade conjugal, incumbindo-lhe a responsabilidade por assegurar o sustento familiar⁴⁹¹.

Posteriormente, no entanto, adveio nova ordem constitucional e legal e, conseqüentemente, paradigmas recém-chegados para nortear a compreensão sobre a matéria. Primeiramente, a igualdade entre homens e mulheres para todos os fins foi positivada no art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988. Reforçando tal mote, o art. 226, § 5º, do mesmo diploma inseriu a equiparação dos deveres relativos à sociedade conjugal, agora atribuídos de modo indistinto ao homem e à mulher.

Em seguida, o Código Civil de 2002 endossou a igualdade de papéis no casamento e na união estável. Enquanto o art. 1.567⁴⁹² igualou os papéis dos cônjuges na chefia do casamento, o art. 1.568⁴⁹³ disciplinou o dever de contribuir para o sustento da sociedade conjugal na proporção dos rendimentos de cada cônjuge, independentemente se homem ou mulher. O art. 1.694, por sua vez, trouxe disposição expressa atribuindo, além dos parentes, também aos cônjuges e companheiros o dever de prestar alimentos uns aos

⁴⁹⁰ Conforme ensina Yussef Said Cahali: “[n]o sistema anterior, tal como no direito francês, a obrigação de alimentos estava compreendida apenas no dever de mútua assistência entre os cônjuges ou no dever de manutenção da família pelo marido, submetendo-se, assim, a um regime particular, como um dos efeitos do casamento. CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. p. 144.

⁴⁹¹ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 145.

⁴⁹² Art. 1.567. “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses”.

⁴⁹³ Art. 1.568. “Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.

outros observados os requisitos legais⁴⁹⁴. Sob a nova ordem, passou-se, assim, a considerar indistinta a origem: evidenciada a necessidade, tanto o vínculo de parentesco como conjugal ou de convivência ensejam o dever de arcar, em regra, com alimentos civis⁴⁹⁵.

A equiparação entre homem e mulher, tanto no plano constitucional como infraconstitucional, serviu de fundamento para que o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros passasse a ser excepcional, isto é, apenas quando demonstrada a real necessidade. Mesmo evidenciada a dependência econômica, passou-se a fixar alimentos transitórios, isto é, uma pensão estabelecida por determinado período até que o cônjuge favorecido possa se inserir novamente no mercado de trabalho com a respectiva extinção automática do dever alimentar após esse prazo⁴⁹⁶.

A limitação temporal imposta aos alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros reflete uma realidade cada vez mais consolidada em que tanto homens como mulheres estão inseridos no mercado de trabalho, não mais se justificando a manutenção da prestação alimentícia em caráter vitalício sob pena de favorecer o parasitismo⁴⁹⁷. Nesse diapasão, reproduz-se constatação feita por JOSÉ FERNANDO SIMÃO:

[C]omo a lei não pode servir de estímulo para a torpeza, a vantagem indevida, ou um comportamento aético, é de se frisar que aquele que precisa dos alimentos porque nada faz para garantir o próprio sustento, ou seja, prefere viver à custa de outrem [...] a trabalhar, este perderá o direito aos alimentos. Isso porque, na realidade, deles não necessita de fato.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ Art. 1.694. "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação".

⁴⁹⁵ Jorge Shiguemitsu Fujita chama a atenção para a possibilidade de os alimentos serem reivindicados por um cônjuge em face do outro mesmo se residirem sob o mesmo teto, desde que demonstrado "que o outro não está a atender às suas necessidades vitais". FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 324.

⁴⁹⁶ Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça já adotou a tese dos alimentos transitórios, o que pode ser verificado, a título ilustrativo, no julgamento do REsp 1025769/MG e REsp 555429/RJ. Nesse sentido, confira-se trecho da ementa referente ao julgamento da Apelação 0120002-24.2008.8.26.0000, pela 9ª Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 9 de dezembro de 2008, tendo como relator o Desembargador José Luiz Gavião de Almeida: "Alimentos. Ex-esposa. Recorrente que tem saúde e capacidade para se sustentar, mas está desempregada. Pensão fixada por um período de três anos para que a recorrente possa se qualificar e procurar um emprego. Valor fixado adequadamente".

⁴⁹⁷ POLETTO, Carlos Eduardo Minozzo. Solidariedade e Responsabilidade no Direito de Família. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodoro e Almeida (coord.). *Grandes temas de direito de família e das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 140.

⁴⁹⁸ SIMÃO, José Fernando. Alimentos decorrentes da conjugalidade: uma categoria jurídica em releitura?, *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 0, p. 89-110, jan./mar. 2016. p. 91.

Os alimentos transitórios tornaram-se, assim, essenciais para evitar que a dependência de um cônjuge em relação ao outro se perpetue indefinidamente, favorecendo a inatividade ou até mesmo o enriquecimento sem causa do credor de alimentos à custa do devedor. Esse caráter de provisoriedade atualmente conferido à prestação alimentícia entre ex-cônjuges restou evidenciado em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual se entendeu não incidir o abuso do direito na forma da *surrectio* na hipótese do devedor de alimentos que permanece arcando com a prestação mensal de forma espontânea a sua ex-esposa, mesmo após decorrido o prazo acordado extrajudicialmente. Vale conferir a ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. TÍTULO EXECUTIVO. AUSÊNCIA. COISA JULGADA MATERIAL. OBSERVÂNCIA. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. TEORIA DO ABUSO DE DIREITO. SURRECTIO. INAPLICABILIDADE. PAGAMENTO. AUTONOMIA PRIVADA. MERA LIBERALIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Controvérsia acerca da possibilidade ou não de, com fundamento na teoria do abuso do direito e na *surrectio*, perpetuar obrigação alimentar assumida por longo período a título de mera liberalidade pelo alimentante já exonerado da dívida. 3. Não há falar em ilicitude na conduta do recorrente por inexistência de previsibilidade de pagamento eterno dos alimentos, especialmente porque ausente relação obrigacional. 4. É cediço que a execução desamparada em título judicial ou extrajudicial é nula. 5. Na hipótese, inviável a manutenção do dever alimentar em virtude do decurso do prazo fixado em acordo homologado em juízo e pela existência de coisa julgada refutando a dívida. 6. Recurso especial provido.⁴⁹⁹

Na situação levada a julgamento, as partes haviam acordado em audiência de ação de oferta de alimentos o pagamento de pensão alimentícia à ex-esposa (recorrida) pelo prazo de vinte e quatro meses, o que findaria em 2003. À época, a alimentanda contava com cerca de quarenta e três anos. Findo esse prazo, a alimentanda ingressou com demanda revisional objetivando a manutenção da obrigação alimentar, restando vencida. Ainda assim, o alimentante (recorrente) permaneceu efetuando os pagamentos de forma espontânea até 2017, quando decidiu cessá-los, momento em que a recorrida já contava com cinquenta e nove anos de idade e com quadro agravado de saúde.

Em resposta, sua ex-esposa ingressou com ação de execução sob o rito do art. 528 do Código de Processo Civil de 2015, com fundamento no preceito da *surrectio*

⁴⁹⁹ STJ, REsp 1789667/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 13.08.2019.

embasado na legítima expectativa de que o valor prestado continuaria lhe sendo pago mensalmente pelo ex-consorte. Além disso, permaneceria a situação de necessidade, uma vez que a autora, agora com sessenta anos de idade, teria dificuldade para se reinserir no mercado de trabalho. Argumentou, ainda, que acabara de superar um câncer de mama e passava por tratamentos para prevenir uma recidiva da doença.

A Terceira Turma entendeu, por maioria, acompanhando o voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no sentido de que o pagamento, pelo recorrido, se deu por mera liberalidade e que, portanto, não o vincularia. Manifestou, igualmente, que a *surrectio* não se aplicaria a esse caso específico:

Rogando vênias ao Relator, dirijo quanto à possibilidade de aplicação da *surrectio*, uma das facetas da teoria do abuso de direito (art. 187 do Código Civil de 2002) na questão alimentar entre os ex-cônjuges ora apresentada⁵⁰⁰.

Aponta-se na fundamentação do voto que o recorrente sustentou a recorrida por tempo suficiente para que ela se reerguesse e se recolocasse no mercado de trabalho, não podendo ser admitida uma obrigação perpétua de prestar alimentos à ex-consorte, em observância à nova tendência doutrinária e jurisprudencial acima indicada; objetivou-se, assim, evitar a inibição da solidariedade entre os cônjuges. A decisão foi fundamentada, ainda, na ofensa à coisa julgada, visto que já havia decisão estabelecendo prazo para o término da prestação alimentícia. Por fim, entendeu-se não haver título executivo apto a lastrear a demanda.

Em que pese o precedente pareça desfavorável à aplicação da *surrectio* aos casos de alimentos espontaneamente prestados entre ex-consortes, mostra-se digno de nota que o voto vencedor não afastou a aplicação de tal preceito às relações jurídicas familiares de modo geral. Apenas foi reconhecida a sua não incidência no caso concreto, para o que contribuíram outros fatores, acima mencionados, como a coisa julgada e a ausência de título executivo.

Não obstante, ressalta-se o teor do voto vencido, proferido pelo Ministro Relator, Paulo de Tarso Sanseverino, acompanhado pela Ministra Nancy Andrichi, que

⁵⁰⁰ Confira-se, ainda, o seguinte trecho do voto vencedor: "[n]ão há falar em ilicitude na conduta do recorrente por inexistência de previsibilidade de pagamento eterno dos alimentos, especialmente porque ausente relação obrigacional. A boa-fé do recorrente não pode, nesse momento, ser-lhe prejudicial. Portanto, a teoria do abuso de direito não se aplica no caso concreto, em que a assistência foi humanitária e, perceptivelmente, provisória. Tanto não havia confiança apta a fazer surgir um direito que a recorrida, quando contava com 45 (quarenta e cinco) anos, ingressou, sem êxito, com uma ação judicial com a finalidade de obrigar o pagamento".

considerou o fato de os alimentos terem sido fornecidos por cerca de quinze anos após o ajuste. De acordo com o entendimento da minoria julgadora, esse comportamento teria despertado na alimentanda a legítima expectativa de continuar a percebê-los, daí emergindo o direito à prestação alimentícia como decorrência da *surrectio*. A fundamentação considerou, igualmente, a idade avançada da alimentanda, fator que dificultaria a sua reinserção no mercado de trabalho, e, ainda, que esta veio a ser acometida de grave moléstia no decorrer desse período.

Como se percebe, o afastamento da *surrectio* no caso concreto, por julgamento não unânime, ainda assim, revela uma tendência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em reconhecer a aplicação da teoria do abuso do direito às situações jurídicas familiares, principalmente na forma das figuras típicas de exercício inadmissível, utilizando a denominação adotada por MENEZES CORDEIRO.

Vale, contudo, destacar julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em sentido diverso, no qual restou reconhecida a *surrectio* no ato do ex-marido de prestar alimentos espontaneamente a sua ex-esposa, portadora do mal de Alzheimer e interdita, por mais de quarenta anos após a separação do casal.

No caso, o ex-marido pleiteou a declaração de dependência econômica da ex-esposa para que ela fosse declarada como sua dependente no Imposto de Renda. A sentença extinguiu o feito sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir sob o fundamento de que se trataria de uma mera liberalidade do autor da demanda, buscando este, em verdade, burlar o fisco. O Tribunal reformou a decisão de primeiro grau para viabilizar o prosseguimento da demanda, enfocando a *surrectio* como fonte de obrigação entre as partes a partir da confiança e expectativa despertadas em vista do longo período da prestação e, ainda, considerado o grave estado de saúde da ex-cônjuge.⁵⁰¹

⁵⁰¹ O julgado referido foi assim ementado: "APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DESCABIMENTO. RELAÇÃO OBRIGACIONAL. SURGIMENTO. SURRECTIO. O autor-apelante tem interesse de agir ao postular a declaração de existência de dependência econômica de sua ex-esposa para consigo. Ele afirmou alcançar valores a ela há mais de 40 anos. Se isso for verdade, ainda que não haja determinação judicial para pagamento de alimentos, então a repetição sistemática do comportamento fez surgir entre as partes uma verdadeira relação obrigacional, cabendo ao Poder Judiciário apenas e tão somente declarar que tal obrigação já existe na efetividade social. Daí a adequação do procedimento escolhido pelo autor-apelante. Se a ex-esposa for mesmo financeiramente dependente do autor-apelante, nada mais justo do que permitir a ele que se valha desta situação para ver declarado em juízo a existência de um fato que engrandece e favorece ao apelante. DERAM PROVIMENTO." (TJRS, Apelação 70011362936, Rel. Des. Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, j. 12.05.2005). Nessa linha, haveria *surrectio* na conduta do devedor de alimentos que,

A outra face da *surrectio*, a *suppressio*, foi utilizada na fundamentação de outro acórdão, também oriundo do Tribunal da Justiça do Rio Grande do Sul, em que restou afastado o direito da ex-companheira de reivindicar alimentos decorridos oito anos após o fim da união estável, não restando comprovada a dependência econômica em relação ao ex-companheiro durante este período. No acórdão tecida com excertos da doutrina de MENEZES CORDEIRO e de JUDITH MARTINS-COSTA, acenou-se para a aplicação do abuso do direito sob o espectro da boa-fé na função limitadora de direitos subjetivos, com expressa menção ao art. 187 do Código Civil.⁵⁰² Há que se reconhecer, assim, a possibilidade de abuso do direito de crédito por parte do credor da prestação que deixa de cobrá-lo por longo período de tempo, despertando na outra parte a legítima expectativa de que não mais irá reivindicá-los, passando a se programar financeiramente de acordo com essa expectativa erigida pelo credor, que, no entanto, pratica comportamento contrário à confiança despertada, vindo a reivindicá-los judicialmente⁵⁰³.

Tendo em vista o recorrido até o momento, é possível chegar à mesma conclusão de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD de que tanto o credor como o devedor de alimentos podem incidir em abuso do direito, sendo "o direito alimentar [...] um palco iluminado para se perceber a possibilidade de abuso do direito,

reiteradamente, arca com valores acima da prestação judicialmente fixada, despertando no credor a expectativa de que a pensão continuará a ser prestada neste patamar a ponto de organizar seus gastos nesse sentido. CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6. p. 924.

⁵⁰² Válido reproduzir, do mesmo modo, a ementa do julgado em comento: "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO OBRIGACIONAL PELO COMPORTAMENTO CONTINUADO NO TEMPO. CRIAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO QUE CONTRARIA FRONTALMENTE A REGRA DA BOA-FÉ OBJETIVA. SUPRESSIO. EXTINÇÃO MATERIAL DO VÍNCULO DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. Os atos e negócios jurídicos devem ser efetivados e interpretados conforme a boa-fé objetiva, e também encontram limitação nela, se a contrariarem. Inteligência dos artigos 113, 187 e 422 do CCB. Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de oito anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa – no devedor e na efetividade social – de que não haveria mais pagamento e cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a conseqüente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da *suppressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, não restou comprovado que a ex-companheira tenha recebido alimentos – dirigidos diretamente a ela – por parte do apelado a partir da separação. Também não há qualquer evidência de que a apelante não possa prover o próprio sustento. Sendo assim, é descabida a pretensão da apelante em vir, agora, pedir alimentos do ex-companheiro." (TJRS, Apelação 70026907352, Rel. Des. Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, j. 04.12.2008). No mesmo sentido: TJRS, Apelação 70024263758, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 25.09.2008; TJRS, Apelação 70024542391, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 18.09.2008.

⁵⁰³ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal consideram como abuso do direito de crédito a hipótese do credor que "apesar de ter reconhecido o seu direito por decisão judicial, se mantém, *espontânea e repetidamente*, inerte, despertando no devedor a expectativa de que aquela dívida não será cobrada ou executada". CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6. p. 924, grifo do autor.

através do *venire contra factum proprium* e da *suppressio/surrectio*"⁵⁰⁴. Mas as possibilidades de aplicação da teoria do abuso do direito à prestação alimentícia estabelecida após o término dos relacionamentos amorosos não param por aqui.

JONES FIGUEIRÊDO ALVES menciona a hipótese do ex-cônjuge que, antes do Código Civil de 2002, possuía relacionamento duradouro com o objetivo de constituir família, mas, valendo-se do art. 29 da Lei do Divórcio⁵⁰⁵, que somente previa a cessação desse direito com o casamento do credor - nada mencionando sobre a união estável -, deixava de contrair novo casamento a fim de não perder o direito a perceber alimentos.⁵⁰⁶

Atualmente, no entanto, o art. 1.708⁵⁰⁷ do Código Civil de 2002 contempla, além do casamento, o concubinato⁵⁰⁸ e a união estável constituídos pelo credor como fatores que levam ao fim da obrigação de prestar alimentos, sendo o dever suprimido, igualmente, caso o credor venha a praticar ato indigno contra o devedor⁵⁰⁹. Verifica-se, assim, que a teoria do abuso do direito perde espaço diante da legislação atual na qual a proibição decorre de previsão específica. Ainda assim, o devedor de alimentos poderia se valer do art. 187 para obter a devolução das prestações pagas no período em que o credor omitiu o novo relacionamento constituído.

Por fim, o mesmo raciocínio desenvolvido no capítulo anterior, relativo ao desaparecimento da necessidade do alimentando, pode ser aplicado ao campo das relações entre ex-cônjuges e ex-companheiros. O credor tem o dever intrínseco de transparência e lealdade como decorrência da boa-fé. Por conseguinte, poderia se falar em abuso na conduta do beneficiário de pensão alimentícia fixada por ocasião do divórcio ou dissolução

⁵⁰⁴ CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6. p. 923.

⁵⁰⁵ Art 29. "O novo casamento do cônjuge credor da pensão extinguirá a obrigação do cônjuge devedor".

⁵⁰⁶ ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais [...]*, 2006. p. 18.

⁵⁰⁷ Art. 1.708. "Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor".

⁵⁰⁸ Na hipótese de concubinato, o enunciado 265 da III Jornada de Direito Civil ressalta que não basta demonstrá-lo, devendo ser comprovada a "assistência material prestada pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu".

⁵⁰⁹ Aqui, importa ressaltar a observação feita por Álvaro Villaça Azevedo de que qualquer relação permanente de cunho familiar teria o condão de fazer cessar o dever de prestar alimentos. Sobre o procedimento indigno, o autor exemplifica as situações do credor que se entrega à prostituição ou às drogas. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 317. De acordo com o enunciado 264, da III Jornada de Direito Civil, "[n]a interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incs. I e II do art. 1.814 do Código Civil".

da união estável que passou a contar com meios próprios para a sua subsistência, mas omite tal situação de fato do devedor⁵¹⁰.

3.4.2 O abuso na fixação do domicílio legal do casal

O Código Civil de 2002 prevê a possibilidade de escolha do domicílio do casal por ambos os cônjuges⁵¹¹, mas nem sempre foi assim. O Código Civil de 1916 atribuía ao marido à chefia da sociedade conjugal, incumbindo-lhe, como consequência, a opção do lar onde viveria com sua esposa⁵¹².

Na vigência do código anterior, portanto, a mulher casada devia adotar a residência do marido sob pena de descumprir o dever de coabitação estabelecido a ambos os cônjuges. A previsão legal acabou sendo utilizada muitas vezes de forma escusa pelos maridos, que, arbitrariamente, impunham domicílio dificultador com o fim de constranger a esposa a adotar determinadas condutas. Sobre o tema, discorre INACIO DE CARVALHO NETO:

Esse direito era praticamente absoluto em princípio, e não eram poucos os casos em que o marido dele se utilizava visando exclusivamente a prejudicar a mulher. Comumente ocorria de o marido alterar o domicílio conjugal com o intuito de fazer que a mulher, tendo que acompanhá-lo, perdesse o emprego, no qual ela vinha conseguindo certa projeção, obtendo, muitas vezes, rendimentos maiores do que os do marido. A jurisprudência, então, sobretudo da década de 50 em diante, passou a tratar a questão sob a ótica do abuso do direito, muitas vezes suprimindo do marido o direito à mudança do domicílio conjugal, em casos em que fosse evidenciado o abuso.⁵¹³

Sob a égide do Código Civil de 1916, ORLANDO GOMES sustentava que o marido, na condição de chefe da família e "cabeça do casal", gozava do "poder da decisão", isto é, "o direito de fazer prevalecer sua vontade em todos os assuntos da vida conjugal", aqui compreendida a escolha do domicílio. Prosseguia o autor reconhecendo abuso na decisão do marido que, "objetivamente considerada", mostrou-se perversa,

⁵¹⁰ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1038.

⁵¹¹ Art. 1.569. "O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes".

⁵¹² Nesse sentido, dispunha o revogado art. 233: "[o] marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: [...] III. direito de fixar e mudar o domicílio da família".

⁵¹³ CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 196.

mesquinha ou foi adotada com o fim único de prejudicar a esposa, emergindo daí o direito da esposa de requerer judicialmente autorização para não acatar a decisão do cônjuge.⁵¹⁴

Também no contexto de escolha do domicílio conjugal legalmente atribuída ao marido, CUNHA DE SÁ cita como exemplo de abuso do direito a hipótese em que o cônjuge escolhe fixar residência fora do país ou em local totalmente incompatível com a condição econômica do casal, ou, ainda, simplesmente deixa de criar raízes em qualquer local, unicamente com o fim de oprimir a esposa.⁵¹⁵

Essa lógica, contudo, não subsiste diante da igualdade entre os cônjuges constitucionalmente erigida e da atribuição tanto da direção da família como da escolha do domicílio do casal a ambos os cônjuges definida pelo Código Civil de 2002, o que leva a indagar se permanece a possibilidade de abuso desse direito, se, por exemplo, a escolha do domicílio conjugal por um dos cônjuges inviabilizar o exercício profissional pelo consorte.

Nesse ponto, também merece realce a nova dinâmica das relações familiares, em que nem sempre os cônjuges habitam a mesma residência, seja por motivos profissionais ou de ordem pessoal, sem que isso afete o vínculo matrimonial que os une.⁵¹⁶ Além disso, atenta-se para a parte final do art. 1.569 do Código Civil, dispondo que

⁵¹⁴ GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 144-145.

⁵¹⁵ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 156. O autor reproduz o art. 1386 do Código Civil grego de 1940, em que é feita menção expressa à possibilidade de abuso do direito na escolha do domicílio conjugal: "*le mariage ouvre à l'égard des époux, une obligation mutuelle à cohabitation, en tant que l'exigence à celle-ci ne se présente pas comme un abus de droits* (trad. francesa)" CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *op. cit.*, p. 156, nota de rodapé 177. Jossierand, do mesmo modo, cita a possibilidade de exercício abusivo pelo marido, chefe da família, do direito de escolha do domicílio conjugal. JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939. p. 120.

⁵¹⁶ RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil: Direito de Família*. 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 127. Segundo elucidam José Fernando Simão e Flávio Tartuce, "[a]tualmente, o conceito de coabitação tem sido analisado tendo em vista a realidade social, de modo a admitir-se a coabitação fracionada. Nessa realidade, é possível que cônjuges mantenham-se distantes, em lares distintos, por boa parte do tempo, sem que haja o rompimento do afeto, do amor existente entre eles, vínculo mais forte a manter a união". SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. v. 5. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 90. Nesse prisma, vale conferir a análise feita por Jean Garrigue sobre as mudanças no dever dos cônjuges de coabitação no Direito Francês. Segundo elucidada, durante muito tempo, o Código Civil francês previa a obrigação da esposa de acompanhar o marido no domicílio que este escolhesse ao passo que possuía o dever de receber a esposa neste local. Posteriormente, passou a prever simplesmente a obrigação mútua de ambos os cônjuges a uma comunhão de vida. Embora o autor discorde da extinção do dever de coabitação a partir daí, reconhece que este dever passou a ser mitigado, passando a doutrina e jurisprudência a reconhecerem a possibilidade de os cônjuges viverem em residências distintas no caso de a profissão de cada um assim o exigir, por exemplo, prevalecendo a liberdade do casal de optar por não viver sob o mesmo teto. GARRIGUE, Jean. *Les devoirs conjugaux: réflexion sur la consistance du lien matrimonial*. Paris: Éditions Pantheon-Assas, 2012, p. 66-80. Esta análise poderia ser estendida à legislação brasileira diante da ausência do dever de coabitação no art. 1.566 do Código Civil, que trata do dever de ambos os cônjuges de vida em comum, no domicílio conjugal.

qualquer dos cônjuges pode se ausentar do domicílio do casal para "atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes". Na atual realidade, portanto, não haveria óbice para que os cônjuges permanecessem casados, mesmo residindo em casas diferentes.

Caso, ainda assim, os cônjuges compreendessem como insustentável o prosseguimento da união conjugal, invoca-se a orientação de ORLANDO GOMES no sentido de que não haveria razão de ser no dever de indenizar, sendo o divórcio uma consequência possível⁵¹⁷. Por outro lado, sob a égide da Emenda Constitucional 66/2010, não haveria a necessidade de comprovação de abuso do direito por qualquer das partes para demandar o fim do vínculo conjugal.

Verifica-se, assim, que, na legislação anterior, se o marido escolhesse o domicílio do casal de modo a impossibilitar o exercício da profissão pela mulher, esta poderia optar entre se submeter ao domicílio eleito pelo cônjuge, requerer o reconhecimento do abuso a fim de obter autorização para residir em local diverso ou mesmo invocar para si o direito de escolha, ou, ainda, apontar a mudança unilateralmente imposta em manifesto prejuízo dos seus interesses como fundamento do pedido de separação ou divórcio.

No ordenamento jurídico atual, tendo em vista a desnecessidade de perquirição de culpa para requerer o divórcio e considerando a liberdade de os cônjuges permanecerem casados mesmo habitando residências diversas, distantes uma da outra, se assim optarem, entende-se que esse exemplo perdeu a utilidade prática, restando-lhe contribuir para o estudo da possibilidade de aplicação da teoria do abuso do direito às relações entre cônjuges.

3.4.3 O abuso na administração dos bens do casal

Na vigência do Código Civil de 1916, ORLANDO GOMES dispôs sobre o poder do marido - chefe da sociedade conjugal - de administrar os bens comuns e particulares da mulher. Conforme destaca, em caso abuso desse poder, seria assegurado à esposa anular eventuais atos do marido ou mesmo requerer fosse este privado do seu exercício.⁵¹⁸

⁵¹⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 122.

⁵¹⁸ *Id. Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 143-144.

Atualmente, o art. 1.642⁵¹⁹ do Código Civil de 2002 disciplina a gestão do patrimônio do casal por ambos os cônjuges durante o casamento, independentemente do regime de bens adotado. Segundo este dispositivo, tanto o marido como a mulher podem, livremente, praticar atos de disposição e administração dos bens próprios ou relativos ao desempenho de sua profissão, além de atos não vedados expressamente pelo ordenamento jurídico.

Enxergando o abuso do direito sob a perspectiva finalista, PAULO LÔBO fundamenta no art. 187 a gestão dos bens particulares ou comuns do casal não direcionada a zelar pelo patrimônio e interesses familiares, objetivos que a norma do art. 1.642 do Código Civil nasceu para tutelar. Nessa perspectiva, discorre:

É possível, também, cogitar-se da regra do abuso do direito (art. 187 do CC) para responsabilizar o cônjuge responsável pela má gestão dos bens comuns e particulares. Trata-se de um direito exercido de modo abusivo e em desconformidade com a finalidade esperada, ou seja, quando o cônjuge administrador realiza os atos de gestão dos bens comuns ou particulares do consorte para além da proteção do patrimônio familiar e dos interesses da família⁵²⁰.

Nessa perspectiva, ROLF MADALENO qualifica como abuso do direito nas relações de família o ato do cônjuge que desvia bens conjugais da partilha, com a sua transferência para uma pessoa jurídica. Neste caso, em razão do abuso do manto da personalidade jurídica, a consequência será a sua desconsideração⁵²¹. O autor destaca, igualmente, a situação em que os bens são alienados para terceiros, pessoa física, em

⁵¹⁹ Art. 1.642. "Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente: I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647 ; II - administrar os bens próprios; III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial; IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647 ; V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos; VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente".

⁵²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto; LÔBO, Fabíola Albuquerque. A Responsabilidade Civil do Cônjuge pela Má Gestão dos Bens Comuns e Privativos. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (coord.). *Responsabilidade civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 328-329. p. 346-357.

⁵²¹ Não é à toa que o art. 50 do Código Civil, recentemente alterado pela Lei nº 13.874, de 2019, cita duas vezes o termo "abuso": "[e]m caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. Válido, igualmente, notar a disposição do art. 133, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015, com expressa menção à desconsideração inversa da personalidade jurídica, bem como o enunciado 283, da IV Jornada de Direito Civil: "[é] cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada "inversa" para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros".

espaço curto de tempo anteriormente à partilha apontando, como consequência, a anulação do ato⁵²².

Acompanhando o entendimento acima, JONES FIGUEIRÊDO ALVES acrescenta que, mesmo diante da igualdade entre os cônjuges constitucionalmente assegurada, é possível que a mulher confira ao marido mandato genérico para que este administre, com exclusividade, os bens do casal; caso os poderes do mandatário sejam exercidos em desacordo com os interesses do casal e da esposa, haveria abuso do direito.⁵²³ Como exemplo, cita a decisão proferida no Recurso Especial 503.675/SP⁵²⁴, que declarou nulas as doações de imóveis do casal realizadas pelo ex-cônjuge em favor de sua própria genitora e irmão quase um ano após o ex-consorte deixar o lar comum, valendo-se de mandato conferido pela ex-esposa cerca de dez anos antes para a administração tanto dos seus bens particulares como do casal.

No caso concreto, no entanto, não houve aplicação do abuso do direito ou mesmo referência ao art. 187. Considerou-se, em verdade, a ausência de poderes específicos para a doação e a não configuração do *animus donandi*. Não obstante, caso houvesse estipulação específica da possibilidade de doação, também seria possível cogitar da incidência do abuso do direito no caso específico, diante do ato realizado em dissonância com os interesses do casal e da mandante, porque atos de suposta liberalidade praticados posteriormente à separação de fato do casal e dedicados exclusivamente a contemplar a família consanguínea do mandatário. Nesse tocante, vale reproduzir a observação feita por JONES FIGUEIRÊDO ALVES:

Mandatos de tal espécie, genéricos e absolutos de administração confiada a um dos cônjuges, podem representar potencial abuso de direito na gerência dos interesses do cônjuge mandante, ainda que não

⁵²² MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1041.

⁵²³ ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais [...]*, 2006. p. 9.

⁵²⁴ O recurso foi assim ementado: "Civil. Recurso especial. Doação praticada por ex-marido com o uso de mandato conferido pela esposa durante a vivência conjugal. Ausência de poderes específicos para a prática do ato. Nulidade. Ausente o prequestionamento, não há que se conhecer da alegada violação a lei federal. Reconhece-se a existência da vontade de doar, por parte do mandante, apenas quando do instrumento de mandato constar, expressamente, a individualização do bem e o beneficiário da liberalidade, sendo insuficiente a cláusula que confere poderes genéricos para a prática do ato jurídico. Recurso especial ao qual se nega provimento" (STJ, REsp 503675/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 03.05.2005).

excedidos os limites do mandato, ficando o mandatário de responder pelos prejuízos a que der causa, na forma do art. 667 do CC.⁵²⁵

Verifica-se, portanto, a incidência do instituto do abuso do direito como instrumento limitador da atuação dos cônjuges na administração do patrimônio comum ou dos seus bens particulares, o que se daria, segundo os exemplos acima destacados, a partir da violação da finalidade de tutela do patrimônio e dos interesses do casal ou do cônjuge que conferiu ao outro mandato para a administração dos bens particulares ou comuns.

3.4.4 O abuso com relação à posse do lar comum após a separação de fato

Após findo o casamento ou a união estável, deverão ser partilhados os bens adquiridos no curso do relacionamento, caso admitida a sua comunicabilidade pelo regime de bens. Como regra, em não havendo opção por regime diverso e não se tratando de hipótese de separação obrigatória, aplica-se o regime legal da comunhão parcial de bens (art. 1.640⁵²⁶ do Código Civil), que pressupõe a partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, consoante o disposto no art. 1.658⁵²⁷ do Código Civil.

Nessa linha, deverão ser partilhados eventuais direitos possessórios adquiridos no curso do relacionamento, dado o caráter patrimonial que lhe é inerente. Em sendo a posse, no entanto, essencialmente fática, mostra-se corriqueira - em especial na população de baixa renda - a situação em que um dos cônjuges ou companheiros deixa o lar, sem dar notícia, permanecendo o outro na posse exclusiva do bem.

Em razão disso, a lei 12.424, de 2011, incluiu o art. 1.240-A no Código Civil, que prevê a possibilidade de o ex-cônjuge ou ex-companheiro, desde que não seja proprietário de outro imóvel, venha a adquirir a propriedade do lar comum, imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), caso exerça sobre este "por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, [...] utilizando-o

⁵²⁵ ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no Direito de Família. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais [...]*, 2006. p. 9.

⁵²⁶ Art. 1.640. "Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial".

⁵²⁷ Art. 1.658. "No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes".

para sua moradia ou de sua família", em sendo constatado que o outro cônjuge ou companheiro "abandonou o lar ". Cuida-se da chamada usucapião familiar⁵²⁸.

Conforme enunciado 595 do CJF, da VII Jornada de Direito Civil⁵²⁹, o abandono do lar aqui previsto não se refere à investigação da culpa, devendo ser interpretado como o abandono imotivado da família por aquele que deixou a residência do casal. Por esse prisma, não haveria que se cogitar de abandono, por exemplo, daquele que, em razão de a convivência ter se tornado insuportável, deixou a casa onde morava na constância do relacionamento, mas por outro lado, permaneceu arcando com os alimentos dos filhos.

Para FELIPE PIRES PEREIRA, o artigo deve ser lido "à luz da teoria possessória e da tutela da família", com o entendimento de que a posse nele contemplada tem por finalidade, essencialmente, propiciar a moradia no bem imóvel ao cônjuge ou companheiro que nele permaneceu. O ex-consorte que sai do imóvel sem fundamento para tanto e sem deixar notícia, não poderia, posteriormente, vir a reivindicá-lo, frustrando a confiança daquele que continua residindo no bem e, portanto, conferindo-lhe função social, esta compreendida como "direito fundamental social à moradia da entidade familiar".⁵³⁰

Por isso, prossegue o autor, cuida-se de hipótese em que a lei reconheceu o abuso do direito por comportamento omissivo daquele que, após a separação de fato do casal, abandona o lar comum por período prolongado de tempo, obstruindo a sua adequada partilha, e, posteriormente, vem a reivindicar a posse sobre o imóvel.⁵³¹

Outra situação em que se cogita do abuso do direito diz respeito à (im)possibilidade de o cônjuge ou companheiro afastado do lar por decisão judicial em

⁵²⁸ SIMÃO, José Fernando; SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1.020.

⁵²⁹ Cf. a redação original do enunciado: "[o] requisito 'abandono do lar' deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável".

⁵³⁰ PEREIRA, Felipe Pires. *O abuso do Direito nas relações possessórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 227-228.

⁵³¹ Nas palavras do autor: "[r]egistre-se, por oportuno, que na posse real - oriunda do direito de propriedade - a destinação para atendimento aos interesses existenciais e sociais de moradia familiar do ex-cônjuge ou ex-companheiro que permaneceu no imóvel, aliada à inércia do outro consorte capaz de gerar legítima confiança de que não reivindicará sua meação no imóvel, indicam, inequivocamente, a presença dos requisitos exigidos para a configuração do abuso do direito pela omissão do comportamento devido pelo titular que excedem manifestamente a finalidade econômico e social do direito à posse, e de possuir, e os limites impostos pela boa-fé nas relações familiares". PEREIRA, Felipe Pires. *op. cit.*, p. 230.

razão da prática de violência doméstica vir a pleitear indenização relativamente ao período em que a vítima fez uso exclusivo do imóvel do casal.

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) foi criada para reprimir a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Uma vez constatada uma ou mais condutas previstas no art. 7^o⁵³², o juiz poderá determinar ao agressor as medidas protetivas de urgência previstas no art. 22⁵³³ da referida lei, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente. Dentre as medidas cominadas, o inciso II traz o "afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida".

Perceba-se: quem dá causa à medida protetiva de afastamento do lar é o agente da violência, que incorre em violação da Lei Maria da Penha e, portanto, em evidente ilicitude. Por outras palavras, o afastamento do lar decorre da conduta do próprio agressor, que, intencionalmente, infligiu dor à mulher, seja na forma de ameaça verbal ou de violência física. Trata-se, portanto, de situação diversa da simples separação de fato do casal, em que um dos cônjuges ou companheiros deixa o imóvel por vontade própria - e não em razão de decisão judicial por ele mesmo provocada - devendo o cônjuge que permaneceu no bem, dele usufruindo com exclusividade, indenizar o outro durante esse período até a efetiva partilha.

Assim sendo, se, posteriormente, o autor da violência doméstica afastado do lar vier a reivindicar indenização da mulher pelo uso exclusivo do imóvel comum, incidirá em comportamento contraditório; afinal, o próprio autor da violência (fato próprio) deu causa a sua saída da casa onde residia com a mulher que agrediu, ensejando a decretação da

⁵³² Art. 7º "São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação [...]"

⁵³³ Art. 22. "Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. [...]"

medida protetiva de urgência. Cuida-se, portanto, de conduta abusiva consubstanciada na figura típica de exercício inadmissível do *venire contra factum proprium*.

O comportamento contraditório do ex-marido que deixa o lar em razão de medida protetiva e, posteriormente, reivindica ressarcimento em razão do uso exclusivo do imóvel pela vítima foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da apelação 1021169-59.2019.8.26.0002, em que restaram afastados os alugueis pleiteados pelo ex-marido em ação de extinção de condomínio relativamente ao imóvel comum. O acórdão deu provimento ao recurso da ex-cônjuge com fundamento na prévia decretação de medida protetiva judicial de afastamento do autor do domicílio conjugal, conforme se depreende do fragmento abaixo:

Com efeito, inadmissível que o autor, na condição de agressor da ré, pretenda indenização pela privação do bem comum, uma vez que o impedimento decorre de sua própria conduta.

Nesse sentido, ressalto que a ré obteve a medida protetiva mencionada três meses antes do ajuizamento da presente ação, o que permite presumir até revanchismo do autor.

Em suma, se o autor provocou situação que impede o exercício dos direitos do qual é co-titular sobre o imóvel, não pode pretender que a ré responda pelos prejuízos daí decorrentes.⁵³⁴

Nesse contexto, salienta-se, por fim, o posicionamento de Ricardo Villas Bôas no julgamento do Recurso Especial 1250362/RS, em que se discutiu a possibilidade de arbitramento de indenização pelo uso exclusivo da coisa imóvel comum durante o período compreendido entre a separação de fato e a realização da partilha efetiva dos bens, durante o qual apenas o marido exerceu a posse do imóvel do casal.

O ministro qualificou de abuso do direito a conduta do cônjuge que, após a separação de fato, priva o outro de ingressar no imóvel comum seja através de ameaças, de violência, ou simplesmente por atos que tornem a convivência insuportável⁵³⁵. Por esse

⁵³⁴ Trecho extraído do julgamento pelo TJSP, apelação 1021169-59.2019.8.26.0002, Rel. Des. Francisco Loureiro, Primeira Câmara de Direito Privado, j. 14.11.2019. Importante esclarecer que, embora o julgado não faça referência ao art. 187 ou ao *venire*, trata do exercício inadmissível dos direitos do autor como co-titular do bem imóvel, segundo se depreende do excerto transcrito. Não obstante, em palestra proferida no dia 04 de novembro de 2019 pelo Desembargador relator, Francisco Eduardo Loureiro, na Escola da Defensoria Pública, com o tema "A Posse no Direito de Família", houve menção ao entendimento exposto neste julgado como abuso do direito decorrente do *venire contra factum proprium*.

⁵³⁵ Válido, aqui, reproduzir o seguinte trecho do voto proferido: "Portanto, apenas o cônjuge impedido, seja de forma direta (expulso, por exemplo) ou prática (ameaçado ou violentado), do usufruto da coisa comum fica de fato privado do exercício de legítimo interesse sobre a coisa em virtude da demora da partilha, motivo pelo qual tem direito à indenização por parte do ex-cônjuge que o utiliza de forma exclusiva, sob pena de abuso de direito (arts. 186 e 187 do CC de 2002)".

prisma, sustentou que, como no caso concreto não houve abuso do direito do cônjuge que permaneceu no imóvel do casal, isto é, a mulher teria deixado o lar comum por sua espontânea vontade, sem qualquer impedimento por parte do marido, não haveria que se falar em direito à indenização daquela. O seu voto, contudo, restou vencido, prevalecendo o entendimento de que haveria o direito à indenização em favor da ex-cônjuge, sob pena de enriquecimento sem causa do marido⁵³⁶.

3.5 O ABUSO DO DIREITO NO ROMPIMENTO DE NOIVADO

O noivado, também denominado esponsais, significa a promessa recíproca feita entre duas pessoas de se casarem futuramente⁵³⁷. As consequências jurídicas da não concretização desse compromisso sofreram mudanças ao longo do tempo.

Traçando um panorama no Direito Romano, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO recorda que o compromisso de casamento consistia em contrato verbal (*sponsio*) celebrado mediante o consentimento dos pais dos noivos, perante parentes e amigos, oportunidade em que o noivo entregava à noiva o anel esponsalício. O rompimento do noivado, por sua vez, dava margem a uma ação de perdas e danos, a *actio sponsu*⁵³⁸.

No direito brasileiro pré-codificado, a lei de 6 de outubro de 1784 conferia natureza contratual aos esponsais, exigindo para o seu aperfeiçoamento a forma de escritura pública, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos⁵³⁹. A Lei de 1890, embora tenha "secularizado o casamento civil", não tratou dos esponsais⁵⁴⁰.

⁵³⁶ Sintetizando o voto vencedor, confira-se trecho da ementa, "[n]a separação e no divórcio, sob pena de gerar enriquecimento sem causa, o fato de certo bem comum ainda pertencer indistintamente aos ex-cônjuges, por não ter sido formalizada a partilha, não representa automático empecilho ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo do bem por um deles, desde que a parte que toca a cada um tenha sido definida por qualquer meio inequívoco. 2. Na hipótese dos autos, tornado certo pela sentença o quinhão que cabe a cada um dos ex-cônjuges, aquele que utiliza exclusivamente o bem comum deve indenizar o outro, proporcionalmente" (STJ, REsp 1250362/RS, Rel. Min. Raul Araújo, Segunda Seção, j. 08.02.2017).

⁵³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 117.

⁵³⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48-49.

⁵³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 7. p. 60.

⁵⁴⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *op. cit*, p. 49.

Embora o noivado não tenha sido regulamentado no Código Civil de 1916, o diploma trazia o art. 1.548, III⁵⁴¹, segundo o qual a mulher seduzida por uma promessa de casamento não cumprida era considerada acometida em sua honra, podendo reclamar do ofensor um dote correspondente à sua condição e estado, a menos que aquele com a inicial intenção de ludibriar viesse a contrair o matrimônio prometido.

A previsão acima não foi preservada no Código Civil de 2002, que nada dispôs sobre a promessa de casamento. Cuida-se, desse modo, de uma relação de fato, sem efeitos jurídicos imediatos, que, nada obstante, tem grande relevância social até os dias atuais. Realmente, ainda hoje, é considerado um gesto de amor maior o pedido de casamento, sendo o momento geralmente marcado pela entrega do mesmo anel de noivado - como era costume entre os romanos - para formalizar a proposta, que, em geral, se torna conhecida e festejada por amigos e familiares.

No entanto, independentemente da publicidade conferida ao noivado ou da expectativa despertada nos noivos, não há possibilidade de se exigir juridicamente o seu cumprimento segundo o ordenamento jurídico brasileiro, tal como ocorre, por exemplo, no contrato de compra e venda. Nessa linha, sustentam CARLOS ALBERTO DABUS MALUF e ADRIANA CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF que o rompimento do noivado corresponde ao exercício regular de um direito personalíssimo, pois ninguém é obrigado a casar sem o querer⁵⁴². Nessa perspectiva, não se trata, o noivado, de um pré-contrato ou contrato preliminar, porquanto não gera a obrigação legal de casar, sendo mero compromisso moral e social indicando intenção futura de contrair matrimônio⁵⁴³. A promessa de casamento possui, desse modo, cunho pessoal, afetivo e não patrimonial, sendo o consentimento concretizado apenas na cerimônia de casamento.

A ampla liberdade de escolha existencial entre formalizar ou não um relacionamento a longo prazo ganha mais evidência na sociedade atual, marcada pela veloz obsolescência dos laços de afeto. Ao tratar do que denominou amor líquido, ZYGMUNT BAUMAN compara o compromisso amoroso a uma transação no mercado de ações: em

⁵⁴¹ Art. 1.548. "A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida: I. Se, virgem e menor, for deflorada. II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças. III. Se for seduzida com promessas de casamento. IV. Se for raptada".

⁵⁴² MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 110.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 107.

ambos os casos, há um investimento com expectativa de retorno, sendo que, no relacionamento amoroso, aplica-se tempo, dinheiro e empenho que poderia ter sido direcionado a outras atividades ou pessoas. As privações decorrentes das escolhas feitas objetivam, claro, o lucro, que, no caso dos relacionamentos, corresponderia à segurança e conforto de ter alguém à disposição para amparar, aconselhar e acompanhar, nos bons e maus momentos.

Esta ideia de segurança, contudo, não passaria de uma ilusão diante da fragilidade do compromisso, que pode ser rompido a qualquer momento por qualquer das partes, do mesmo modo que as ações podem perder seu valor no mercado e o investidor, então, optar por vendê-las. O compromisso não representa uma garantia para nenhum dos lados e os dois devem saber disso, conforme discorre o filósofo no trecho abaixo:

Comprometer-se com um relacionamento, “irrelevante a longo prazo” (fato de que ambos os lados estão cientes!) é uma faca de dois gumes. Faz com que manter ou confiscar o investimento seja uma questão de cálculo e decisão. Mas não há motivo para supor que seu parceiro ou parceira não deseje, se for o caso, exercer uma escolha semelhante, e que não esteja livre para fazê-lo se e quando desejar. Essa consciência aumenta ainda mais sua incerteza - e a parte acrescentada é a mais difícil de suportar. Ao contrário de uma escolha pessoal do tipo “pegar ou largar”, não está em seu poder evitar que o parceiro ou parceira prefira sair do negócio. Há muito pouco que você possa fazer para mudar essa decisão a seu favor. Para o parceiro, você é a ação a ser vendida ou o prejuízo a ser eliminado - e ninguém consulta as ações antes de devolvê-las ao mercado, nem os prejuízos antes de cortá-los.⁵⁴⁴

Apesar desse retrato do compromisso amoroso na nossa sociedade e da inexistência de norma no ordenamento jurídico que obrigue duas pessoas noivas a contraírem matrimônio, parte da doutrina enxerga que o rompimento do noivado, em determinados casos, pode configurar abuso do direito, ensejando o direito à reparação civil.⁵⁴⁵

Com esse entendimento, CUNHA DE SÁ dispõe que incorre em abuso do direito o nubente que, sem motivo justo, rompe a promessa de casamento, pois, ao assim fazê-lo,

⁵⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 31.

⁵⁴⁵ Na realidade, o reconhecimento do abuso do direito no descumprimento da promessa de casamento existe desde que a sistematização do instituto começou a engatinhar. José Calvo Sotelo menciona julgados da *Cour de Cassation* no final do século XIX e início do século XX reconhecendo o abuso do direito no descumprimento da promessa de matrimônio sem motivo razoável com a determinação do dever de indenizar. SOTELO, José Calvo. *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjectivo*. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1917. p. 193-194.

excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé à liberdade matrimonial. Tal comportamento pode levar ao dever de indenizar tanto em favor do noivo inocente, isto é, aquele que não deu causa ao rompimento, como dos pais deste ou mesmo quaisquer terceiros que, de boa-fé, tenham assumido despesas e obrigações em razão do casamento.⁵⁴⁶ Conforme observa CUNHA DE SÁ, evidencia-se, aqui, a possibilidade de se abusar de um direito considerado absoluto, isto é, o de casar ou não, desde que investigada a relevância do motivo que levou à ruptura da promessa.⁵⁴⁷

Relevante notar que o seu posicionamento é concebido no contexto do Código Civil português, que, ao contrário do ordenamento jurídico brasileiro, não apenas contempla de modo expresso a impossibilidade de se exigir judicialmente o cumprimento do compromisso de casamento⁵⁴⁸, como trata os esponsais de contrato, inclusive elencando hipóteses de indenização para o caso de a promessa de casamento não se realizar⁵⁴⁹.

A despeito da inexistência de disposição legal nesse sentido no direito nacional, cada vez mais se entende como cabível a reparação civil em determinados casos, como na situação em que a ruptura por um dos nubentes expõe o outro a situação vexatória, gerando constrangimento perante o meio social.

Na jurisprudência brasileira, a matéria é bastante casuística. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, há julgados nos dois sentidos, ora entendendo haver dano

⁵⁴⁶ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 186.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 187.

⁵⁴⁸ Nesse sentido, o art. 1.591 do Código Civil português: "[o] contrato pelo qual, a título de esponsais, desposórios ou qualquer outro, duas pessoas se comprometem a contrair matrimónio não dá direito a exigir a celebração do casamento, nem a reclamar, na falta de cumprimento, outras indemnizações que não sejam as previstas no artigo 1594.º, mesmo quando resultantes de cláusula penal." (http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1601&artigo_id=&nid=775&pagina=17&tab=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 15 set. 2019). Assim também o art. 239 do Código Civil peruano: "[l]a promesa recíproca de matrimonio no gera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimento de la misma". O art. 200, por sua vez, prevê a possibilidade de reparação dos danos eventualmente causados na retratação de promessa em caso de culpa exclusiva de um dos promitentes. ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. MALDONADO, Marco Andrei Torres. Responsabilidad por la ruptura de esponsales. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 175 e 185.

⁵⁴⁹ Assim dispõe o art. 1.594 do Código Civil português: "1. Se algum dos contraentes romper a promessa sem justo motivo ou, por culpa sua, der lugar a que o outro se retracte, deve indemnizar o esposado inocente, bem como os pais deste ou terceiros que tenham agido em nome dos pais, quer das despesas feitas, quer das obrigações contraídas na previsão do casamento. 2. Igual indemnização é devida, quando o casamento não se realize por motivo de incapacidade de algum dos contraentes, se ele ou os seus representantes houverem procedido com dolo. 3. A indemnização é fixada segundo o prudente arbítrio do tribunal, devendo atender-se, no seu cálculo, não só à medida em que as despesas e obrigações se mostrem razoáveis, perante as circunstâncias do caso e a condição dos contraentes, mas também às vantagens que, independentemente do casamento, umas e outras possam ainda proporcionar".

moral no cancelamento do matrimônio⁵⁵⁰, ora considerando ser aquele inexistente, ainda que ocorrido na véspera da celebração⁵⁵¹. Aparecem em maior número os julgados que reconhecem o direito à indenização por danos materiais⁵⁵², ou, simplesmente, à divisão equânime dos gastos assumidos em razão do planejamento do matrimônio⁵⁵³.

Na doutrina, por sua vez, é recorrente a referência ao abandono “à porta da igreja”, isto é, ao repentino cancelamento do compromisso poucos dias antes do grande evento, como fato ensejador de prejuízo tanto moral como patrimonial, relativo, por exemplo, aos gastos com o preparo das bodas ou com a estruturação do lar conjugal⁵⁵⁴. Há, divergência, contudo, no que diz respeito ao fundamento dessa responsabilidade, isto é, se emergiria do art. 186 ou 187 do Código Civil.

⁵⁵⁰ Vale conferir: TJSP, Apelação 0091005-07.2003.8.26.0000, Rel. Des. Luiz Ambra, Oitava Câmara de Direito Privado, j. 19.01.2011. Nesse caso, no entanto, o rompimento do noivado se deu em razão da infidelidade do noivo, flagrado pela noiva enquanto mantinha relações sexuais com colega de trabalho na residência do casal. Tanto o noivo como essa terceira foram condenados a indenizar a noiva pelos danos morais sofridos. O acórdão, vale notar, não foi fundamentado em qualquer dispositivo do Código Civil, limitando-se a reconhecer serem devidos, excepcionalmente, danos morais em razão do rompimento do noivado diante das peculiaridades do caso concreto.

⁵⁵¹ Nesse sentido, TJSP, Apelação 0003294-37.2008.8.26.0210, Rel. Percival Nogueira, Sexta Câmara de Direito Privado, j. 26.4.2012, e TJSP, Apelação 475.633-4/3-00, Rel. Des. Donegá Morandini, Terceira Câmara de Direito Privado, j. 11.03.2008.

⁵⁵² Sobre o tema, confira-se TJSP, Apelação 507.313-4, Rel. Des. Vito Guglielmi, Sexta Câmara de Direito Privado, j. 14.06.2007, em que a ex-noiva havia reformado e decorado o apartamento do noivo, que se tornaria o lar comum do casal. Com a separação, ela comprovou tudo o que havia pago com notas fiscais e obteve direito ao ressarcimento dos valores gastos em razão da perspectiva de união conjugal. Seguindo esse entendimento, o julgamento TJSP, Apelação Cível 0006738-44.2014.8.26.0024, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, Segunda Câmara de Direito Privado, j. 19.04.2016, em que, embora afastados os danos morais, houve a condenação do noivo a arcar integralmente com os valores gastos pela noiva e sua genitora em razão do evento.

⁵⁵³ Com esse entendimento, o julgamento do TJSP, Apelação 1008287-14.2015.8.26.0032, Rel. Des. Jair de Souza, Quinta Câmara de Direito Privado, j. 16.10.2019, em que se determinou o rateio das despesas com o casamento e, em relação aos danos morais, assim decidiu: “[e]m virtude do contexto abarcado e das provas produzidas e elencadas aos autos, além do rompimento não ter ocorrido às vésperas do casamento, não restou comprovado qualquer excesso ou abuso na conduta da parte requerida-recorrente, de modo a inviabilizar a aplicação dos danos morais”. No mesmo sentido: TJSP, Apelação 0000594-77.2015.8.26.0296, Rel. Des. Daise Fajardo Nogueira Jacot, Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado, j. 28.08.2019.

⁵⁵⁴ Neste sentido: “[n]ão é o simples rompimento do noivado que gera a possibilidade de ressarcimento de danos morais. O desamor é risco dos relacionamentos afetivos. O simples rompimento do noivado é exercício regular do direito - ninguém é obrigado a casar sem o querer. A exposição do outro a situação vexatória é que pode ensejar dano moral, como o abandono ‘à porta da Igreja’”. MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 121. Também se referindo a este exemplo: “[s]ituação vexatória, também com grande abalo moral, existe quando o noivo ou a noiva são abandonados no momento da cerimônia matrimonial”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 51.

Segundo MARIA HELENA DINIZ, “[n]esse caso, provada a culpa do arrependido, assiste ao prejudicado o direito de obter judicialmente a reparação do dano⁵⁵⁵, sendo assegurado o direito à indenização com fulcro no art. 5º, X, da Constituição Federal e artigos 186 e 927, tratando-se de responsabilidade subjetiva, fundada na culpa⁵⁵⁶.

A autora elenca alguns requisitos para a responsabilidade civil pelo rompimento do noivado, cumulativos, a saber: que a promessa tenha sido feita de forma livre pelos noivos e não por terceiros; que o rompimento seja injustificado, não se caracterizando como tal, por exemplo, aquele decorrente de ato de infidelidade ou de violência praticado pelo outro nubente; que haja recusa expressa ou tácita de um deles; e a ocorrência de um dano, moral ou material⁵⁵⁷. Para ilustrar, o fato de já haverem sido distribuídos os convites de casamento seria um indicativo da responsabilidade.

No plano intermediário, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO sustenta que a quebra da promessa de casamento, se injustificada, caracteriza ato ilícito tanto na forma do art. 186 como 187 do Código Civil, configurando simultaneamente ato ilícito e abusivo. A culpa, no entanto, é ressaltada como indispensável para a sua verificação⁵⁵⁸, o que afastaria a responsabilidade em razão do abuso propriamente dito, tendo em vista o seu caráter objetivo anteriormente ressaltado no presente trabalho.

JOSÉ FERNANDO SIMÃO e FLÁVIO TARTUCE rebatem a doutrina que extrai o fundamento do art. 186, defendendo que o dever de indenizar nos casos de rompimento de noivado decorreria do art. 187 do Código Civil, na medida em que é perfeitamente lícito fazê-lo, mas deverá ser reparado o abuso manifesto no exercício desse direito para além dos limites da boa-fé objetiva ou, em determinados casos, dos bons costumes.⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ Nas suas palavras: "a quebra da promessa esponsalícia tem o efeito de acarretar responsabilidade extracontratual, dando lugar a uma ação de indenização por ruptura injustificada. Haveria uma atitude malvada de despertar a confiança na realização de um casamento, fazendo que a outra pessoa realize despesas com esse fim. Retirar-se caracterizaria conduta culposa, ensejando o dever de reparação com fundamento no art. 186 e 927 do Código Civil". DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5. p. 107.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 109.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 110.

⁵⁵⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 49-50.

⁵⁵⁹ "Com todo o respeito, não seguimos o entendimento pelo qual a reparação está motivada no art. 186 do atual CC, dispositivo que conceitua o ato ilícito. [...] O dever de indenizar, em casos tais, decorre do abuso de direito, pelo desrespeito à boa-fé objetiva ou, dependendo do caso, aos bons costumes. Desse modo, o dever de indenizar, nos moldes do art. 927, caput, do CC, tem por fundamento o art. 187 da codificação. Em nosso entendimento, isso gera uma responsabilidade *pré-negocial casamentária* em decorrência do desrespeito aos

Nessa linha, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO e REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA sustentam que, em sendo o rompimento do noivado um ato lícito, o excesso no exercício desse direito subjetivo contrário à boa-fé e aos bons costumes, levaria ao direito à indenização também com fundamento no art. 187 do Código Civil⁵⁶⁰.

Em um primeiro momento, MARIA CELINA BODIN DE MORAES classifica de excepcionalíssimo o cabimento de reparação por danos morais em razão do rompimento do noivado, por considerar este um ato não reprimido pelo ordenamento jurídico, que, como já ressaltado, não previu a promessa de casamento ou lhe atribuiu efeitos vinculantes, mas, ao contrário, assegurou fortemente a autonomia da vontade para contrair casamento⁵⁶¹. Assim, por maior a dor ou o sofrimento causados com a retratação na vontade de contrair matrimônio, não haveria direito à reparação pelos danos morais, sob pena de se limitar a liberdade de escolha entre casar ou não casar⁵⁶².

Contudo, admite como abusiva a conduta de qualquer dos noivos que deixa de comparecer no momento da cerimônia, deixando o outro esperando na frente de familiares e amigos, ou o cancelamento poucos dias antes de que esta venha a ocorrer. Ressalva estas duas hipóteses, portanto, como ensejadoras de reparação a título de dano moral justamente em razão do seu caráter abusivo. Embora a autora não faça referência expressa ao abuso do direito ou ao art. 187, parece descrever o instituto em algumas passagens, a exemplo da reproduzida a seguir: "[o] exercício da liberdade [...] também tem limites, e o abuso é o principal deles"⁵⁶³.

deveres anexos na fase anterior ao casamento". SIMÃO, José Fernando. TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Ed. Método, 2013. v. 5. p. 97, grifo do autor.

⁵⁶⁰ “Se exercido abusivamente, poderá ensejar obrigação de compensar o dano imaterial sofrido”. MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. p. 137.

⁵⁶¹ Segundo ressalta a autora: "poucos atos são reputados pelo ordenamento nacional como tão livres, tão dependentes, exclusivamente, da vontade de ambas e de cada uma das partes, como o casamento - bastando, para fundamentar esta assertiva, a consulta aos arts. 1.514 e 1.535 do Código Civil, que enaltecem a volição do ato". MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e reparação civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 812. E prossegue: "O noivado, compromisso moral e social que significa que os nubentes têm a intenção de se casar, sempre pôde ser desfeito a qualquer tempo.". MORAES, Maria Celina Bodin de. *op.cit.*, p. 812.

⁵⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. *op.cit.* p. 812-813.

⁵⁶³ Segundo analisado pela autora, a jurisprudência francesa traz diversos precedentes em que há condenação por danos morais em razão do rompimento poucos dias antes do casamento, sendo considerado como parâmetro o cancelamento com cinco ou menos dias de antecedência. MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e reparação civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 814. Válido, igualmente, ressaltar o posicionamento de Maria Berenice Dias segundo o qual não são cabíveis danos morais em decorrência do rompimento de noivado,

Com isso, ainda que o noivado, de forma geral, não acarrete na obrigatoriedade do casamento, o seu rompimento pode, excepcionalmente, levar ao dever de reparação pelos danos causados na forma do art. 927 do Código Civil, pelo enquadramento no art. 187, da ação ou omissão - caso do abandono à porta do altar - abusiva daquele que, embora amparado pela ampla liberdade entre casar ou não, opta unilateralmente por cancelar o compromisso.

Os casos de rompimento de noivado oferecem, assim, possibilidades ímpares de aplicação da teoria do abuso do direito de modo a atrair a responsabilidade objetiva do noivo por violação à boa-fé ou aos bons costumes, a depender do caso. Não obstante, viu-se que, na maior parte, os julgados deixam de aplicar o art. 187 ao caso concreto, assim como relevante parcela da doutrina que, centrada na discussão da culpa, deixa de aproveitar as potencialidades da teoria do abuso do direito em todo o seu alcance.

apenas danos materiais, o que não abrangeria os lucros cessantes, mas tão somente os gastos efetivamente assumidos em razão do planejamento do casamento. Reconhece, no entanto, que a quebra da promessa de casamento às vésperas da cerimônia caracteriza hipótese de abuso do direito. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 95-96.

CONCLUSÃO

A presente dissertação objetivou, precipuamente, desvendar a aplicação da teoria do abuso do direito às situações jurídicas familiares. Para tanto, iniciou-se a abordagem do tema com a compreensão histórica do instituto, que, como visto, já se desenhava muito antes de sua positivação em diversos diplomas legais.

Nessa primeira aproximação, constatou-se não ser escassa a doutrina que aponta as suas raízes ora à tomada de consciência pelos romanos quanto à limitabilidade dos direitos - manifestada, por exemplo, nos brocardos *summum jus summa injuria* e *non omne quod licet honestum est* -, ora ao conceito medieval de *aemulatio* como um comportamento direcionado ao fim de prejudicar.

Evidenciou-se, contudo, que a sua estruturação teórica despontou somente mais tarde, no final do século XIX e início do século XX, impulsionada por uma série de decisões judiciais proferidas sobretudo pelos tribunais franceses, que determinaram a limitação de direitos até então vistos como absolutos em razão do seu exercício abusivo pelo titular no caso concreto. Esta profusão de julgados trazendo uma maior aproximação do instituto tal como hoje é conhecido somada ao fato de a própria expressão "abuso do direito" ter sido cunhada nesse período orientam outra parte relevante da doutrina a apontar aqui a real origem do abuso do direito, tratando o caminho até então percorrido pelos juriconsultos romanos e glosadores como simples desdobramentos de uma noção inicial de relatividade dos direitos.

A par das discussões em relação a sua origem remota, fica claro que produção doutrinária e jurisprudencial francesas desse período desempenhou um papel essencial na expansão da teoria do abuso do direito até então desenvolvida para diversos sistemas jurídicos. Durante esse processo, a forma de exercício abusivo inicialmente constatada pelos franceses foi preenchida, principalmente, pela produção doutrinária germânica, que contribuiu com os elementos concretizadores da boa-fé e dos bons costumes, daí refletindo nas positivações subseqüentes.

No Brasil, embora inicialmente extraído de uma interpretação a *contrario sensu* do art. 160, I, do Código Civil de 1916, que tratava do exercício regular do direito, a teoria do abuso do direito acabou sendo incorporada no art. 187 do Código Civil de 2002.

Segundo constatado, a introdução do abuso do direito no sistema jurídico brasileiro foi resultado de um amálgama de influências estrangeiras, com a importação de redação quase idêntica à adotada no ordenamento jurídico português, que, por sua vez, fora fortemente influenciado pela dicção do diploma civilista grego, no qual sobressaem elementos da doutrina alemã também incorporados na legislação suíça.

Desbravada essa trajetória, debruçou-se um olhar sobre as teorias que negam o instituto e sobre as que, admitindo-o, divergem em relação ao seu conceito e elementos, com o mapeamento de alguns dos principais critérios utilizados como ponto de partida para a sua definição. Através dessa exposição, verificou-se que a proposição de Josserand de um espírito inerente a cada direito que deve ser respeitado no seu exercício permanece forte, tendo sido empregada como embasamento da definição de Cunha de Sá de que o abuso do direito se configuraria a partir da violação do elemento axiológico-normativo imanente ao direito. Mesmo criticando as teorias internas por extraírem os limites dos direitos deles próprios, Menezes Cordeiro sustentou que o abuso do direito se evidenciaria na disfuncionalidade em relação ao ordenamento jurídico como um todo e tratou do abuso como o exercício inadmissível de posições jurídicas, uma definição que também foi recebida e entoada por parcela expressiva da doutrina.

Com isso, direcionou-se um olhar mais atento ao art. 187 do Código Civil de 2002, esta inovação legislativa que foi acompanhada tanto de elogios pela introdução de uma cláusula geral de limitação aos direitos assim como de rigorosas críticas. Nesse ponto, ganhou vulto a problematidade envolvendo a opção do legislador de inseri-lo como parte dos atos ilícitos, tendo-se discorrido sobre a tendência doutrinária - que, como visto, precede o novo código - em reconhecer a autonomia do abuso do direito em relação ao ato ilícito em sentido estrito, com a sua caracterização independentemente de culpa. Além disso, concluiu-se que o comportamento abusivo não se confunde com a responsabilidade civil, representando esta, contudo, um de seus possíveis desdobramentos. Destrinchando o texto normativo, observou-se que o art. 187 é composto por três cláusulas gerais: (i) os fins econômicos e sociais do direito, (ii) os bons costumes e (iii) a boa-fé.

Embora haja a tentativa de separar os fins econômicos dos fins sociais do direito, este parâmetro, consagrado na doutrina de Josserand, indica que todo direito tem um fim que lhe é intrínseco, caracterizando abuso o seu exercício contrário a esta finalidade ou função.

Os bons costumes, comumente definidos como uma consciência social dominante ou espécie de moral social, são uma categoria de forte carga axiológica, sendo esta, provavelmente, a causa de sua aplicação mais tímida na prática. Enfocou-se, nesse ponto, o posicionamento que eleva os bons costumes a receptáculo concretizador dos valores consagrados constitucionalmente.

No que toca à boa-fé, foi observada a sua incorporação no art. 187 em seu aspecto objetivo, como um padrão de conduta proba e honesta, dissociada da consciência interna do sujeito de estar agindo conforme a lei. No que concerne à relação entre o abuso do direito e a boa-fé, ressaltou-se que, apesar de guardarem pontos de interseção, revelam-se institutos autônomos, sendo a boa-fé o elemento concretizador mais significativo do abuso do direito. Forte nessa premissa, procedeu-se à análise do *venire*, da *suppressio* e da *surrectio* como manifestações da boa-fé a partir da cláusula geral do art. 187 do Código Civil, tendo em vista que configuram comportamentos de aparente ilicitude mas que se tornam inadmissíveis e, portanto, abusivos, em razão do exercício contrário à confiança despertada em outrem, esta extraída da boa-fé.

No investigar da expressão abuso do direito, majoritariamente consagrada para designar o exercício inadmissível, disfuncional, antissocial, anormal ou irregular, ressaltou-se a importância de que o seu emprego seja acompanhado da clareza em relação a sua complexidade, devendo abarcar não apenas os direitos subjetivos, mas toda situação jurídica, aqui abrangidos os poderes e direitos potestativos, compreendendo, do mesmo modo, tanto a ação como a omissão abusivas.

Traçados e desenvolvidos os principais aspectos que compõem a teoria do abuso do direito, tornou-se possível o seu aprofundamento com relação às situações jurídicas familiares. Tomando como ponto de partida o entendimento de que a liberdade individual deve ceder face a determinados preceitos de ordem maior e da consequente projeção do instituto a todos os ramos da ciência jurídica, revelou-se substancial doutrina reconhecendo a sua incidência no Direito de Família.

Essa relação entre o instituto e as relações familiares, longe de ser inovadora, pôde ser extraída a partir da perspectiva histórica apresentada. Realmente, os que apontam as origens do abuso do direito no Direito romano costumam referir hipóteses de limitação à *patria potestas* para fundamentar esse entendimento. No viés moderno, por sua vez,

constata-se que parte da jurisprudência que alavancou os estudos teóricos sobre o abuso do direito aplicou-o para limitar o poder marital ou o pátrio poder, o que se evidencia principalmente nos exemplos extraídos da obra de Josserand, os quais foram diversas vezes retomados justamente em razão de sua pertinência para o presente estudo.

A esse reconhecimento histórico do Direito de Família como um ambiente natural para a coibição de comportamentos abusivos contrapõe-se, no entanto, a ainda escassa produção técnica da doutrina e jurisprudência sobre o assunto, visto que, no mais das vezes, o instituto é referido de forma passageira, ou, quando muito, associado a algum dos elementos concretizadores do art. 187 do Código Civil.

Partindo dessa constatação, buscou-se sistematizar as hipóteses de comportamentos abusivos mais referidas pelos juristas, sem a pretensão de esgotá-las, reunidas, para fins didáticos, conforme reconhecidas no seio do casamento, da união estável ou nas relações de filiação.

Logo ficou claro que a projeção da teoria do abuso do direito nas relações familiares foi diretamente afetada pela pauta axiológica trazida principalmente pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002, corroborando a definição de Teresa Ancona Lopez do abuso do direito como excesso também em relação aos valores éticos e sociais do sistema.

Diante dessa nova ordem, observou-se que alguns dos casos classicamente mencionados pela doutrina como exemplos de abuso do direito nas relações familiares, embora não mais sejam constatados na prática, seja pela mudança dos valores da sociedade - caso da recusa na autorização para o casamento do menor -, seja pela direta atuação do legislador - hipótese do abuso na escolha do domicílio conjugal -, preservam a sua importância como objeto de estudo sobre a incidência da teoria do abuso do direito nas relações familiares.

Não obstante, outros casos analisados pela doutrina e jurisprudência permanecem atuais diante da nova ordem legislativa e constitucional, refletindo e norteando a atual dinâmica das relações familiares, em que o poder marital deu lugar à igualdade entre marido e mulher na direção da sociedade conjugal, e o pátrio poder foi substituído pelo poder familiar ou autoridade parental, como expressão da perspectiva horizontalizada e não mais verticalizada da família, base da sociedade e do estado, fundada

nas relações de afeto e pautada no objetivo primordial da concretização da dignidade constitucionalmente assegurada de todos os seus membros, em especial daqueles que gozam da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Com relação ao poder familiar, observa-se que a disciplina do abuso do direito tem sido invocada principalmente diante do seu exercício disfuncional, com a constatação do abuso no exercício do poder familiar de forma incompatível com os fins para o qual foi previsto, isto é, em prejuízo ao saudável desenvolvimento do menor. Aqui estão compreendidas algumas situações de excesso em relação à criação e educação dos filhos, a exemplo de determinados castigos desproporcionais aplicados. Em menor escala, o abuso do poder familiar é associado à violação da cláusula geral dos bons costumes, a exemplo da punição em que o viés vexatório prepondera sobre o disciplinar.

O abuso do direito pelo exercício disfuncional também tem sido reconhecido quando da administração do patrimônio do cônjuge com o desvirtuamento da proteção ao patrimônio da família, assim como na vedação do direito de visitas dos avós em razão do benefício gerado aos menores pela convivência com seus progenitores.

Igualmente relevante a doutrina que identifica o exercício abusivo do poder familiar na alienação parental, ora adotando como fundamento o exercício disfuncional, ora a violação aos bons costumes, tendo sido admitida, outrossim, a invocação do art. 927 em cotejo com o art. 187 do Código Civil para embasar demanda de responsabilidade civil (objetiva) em favor do menor.

Numerosas são, ainda, as hipóteses de abuso do direito em razão da violação do critério da boa-fé objetiva, manifestada principalmente na esfera patrimonial. Foi analisado como abuso do direito de receber alimentos a hipótese do credor que deixa de informar o devedor sobre o desaparecimento da necessidade que originou o vínculo em primeiro lugar, sendo constatado, por outro prisma, o abuso do direito do credor de demandar a prestação de contas em face do alimentando ou de seu representante. Com menor frequência, a primeira hipótese foi associada ao exercício por parte do credor de alimentos em contrariedade aos fins econômicos e sociais da norma.

Ainda com relação aos alimentos, constatou-se que muitos dos caminhos de repressão ao abuso do direito passam pelas figuras do *venire contra factum proprium*, *suppressio* e *surrectio*, como manifestações de exercício abusivo em razão da defraudação

da confiança exigida pela boa-fé, consolidando uma tendência de considerá-la o mais relevante dos critérios formadores do abuso, o seu critério sistematizador, também nas relações de família.

Neste cenário, ganhou destaque a importância da tutela do princípio da confiança também nas relações familiares, nas quais sobressaem vínculos permeados de expectativas legítimas, demandando, até mesmo com maior razão que nas demais relações privadas, a observância de um padrão ético e coerente de comportamento.

No plano do casamento e da união estável, restaram evidenciadas outras situações de *venire contra factum proprium* caracterizadas como abuso do direito, a exemplo da situação do cônjuge ou do companheiro que abandona o lar e, posteriormente, vem a reivindicá-lo, frustrando a expectativa do outro de que o imóvel não mais seria partilhado, ou, ainda, nos casos do cônjuge ou companheiro afastado do lar em razão de medida protetiva imposta pela prática de violência doméstica que, posteriormente, vem a pleitear indenização em razão do uso exclusivo do imóvel comum pela vítima.

Observou-se, do mesmo modo, que o rompimento do noivado pode, excepcionalmente, levar ao reconhecimento do abuso do exercício da liberdade matrimonial, atraindo a responsabilidade civil objetiva na forma do art. 187 e 927 do Código Civil, com o afastamento da discussão de culpa.

Como se viu, o Direito de Família permanece um campo profícuo para a projeção da teoria do abuso do direito, o que leva à importância de uma conscientização do instituto pela comunidade jurídica no âmbito das situações jurídicas familiares, promovendo-se um diálogo com vistas a uma maior aplicação do - riquíssimo - conteúdo do abuso do direito nesta seara, sem perder de vista o seu alcance dogmático e sem que esse adensamento gere, com o perdão do trocadilho, o abuso no uso da própria figura.

Nesses moldes, propõe-se mobilizar tecnicamente o aparato normativo pátrio do abuso do direito consubstanciado, principalmente, pelos três elementos concretizadores - a boa-fé, os bons costumes e os fins do direito - como relevante mecanismo de limitação da autonomia individual no Direito de Família, tanto nas relações existenciais como naquelas de ordem patrimonial.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2006.
- AGUIRRE, João Ricardo Brandão. A Tutela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 695-725.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 5. *Anais [...]*, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 19. ed. 2019.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1932.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso do direito. In: DELGADO, Mário Luiz Alves, Jones Figueirêdo Alves (coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005. p. 33-54.
- _____. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002. v. 3.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil Comentado: negócio jurídico. Atos jurídicos lícitos. Atos ilícitos: artigos 104 a 188*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2.
- _____. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BATISTA JUNIOR, João. Pai e madrasta são condenados pela morte do menino Bernardo Boldrini. *Veja*, São Paulo, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/tribunal-condena-todos-os-reus-do-caso-bernardo-boldrini/>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, [1956-]. 2 v.
- BOULOS, Daniel. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2006.
- BUTRUCÉ, Vitor Augusto José. *O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo indeterminado*. 2019. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.
- CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 377-396.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do direito*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2005.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático, parte geral (arts. 114-179)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1963. v. 3.
- CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. d. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CHAVES, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: direito das famílias*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6.
- CORRÊA, Alexandre. Notas sobre o abuso dos direitos em Direito Romano Clássico. *Justitia*, São Paulo, v. 36, n. 87, p. 211–220, out./dez. 1974.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil: parte geral*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1984.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.
- DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs E. de Boccard, Successeur, 1921. t. 1.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 29 out. 2017.

GARRIGUE, Jean. *Les devoirs conjugaux: réflexion sur la consistance du lien matrimonial*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRAMSTRUP, Erik F.; TARTUCE, Fernanda. A responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 186-201.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário*. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUNDAR-GOSHEN, Ayelet. *Uma noite, Markovitch*. São Paulo: Todavia, 2018.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMILIA. *Especialistas do IBDFAM são contra revogação da Lei de Alienação Parental* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7095/Especialistas+do+IBDFAM+são+contra+revogaçã+o+da+Lei+de+Alienação+Parental>. Acesso em: 10 nov. 2019.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*. 2. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1939.

_____. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

LEVY, José Luiz. *A vedação ao abuso de direito como princípio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

_____. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; LÔBO, Fabíola Albuquerque. A Responsabilidade Civil do Cônjuge pela Má Gestão dos Bens Comuns e Privativos. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (coord.). *Responsabilidade civil no Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 346-357.

_____. *Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 111-152, jan./dez. 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67701/70309>. Acesso em: 15 out. 2019.

_____. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). *Atos, fatos, negócios jurídicos e bens*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, v. 4. p. 997-1017.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*, São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *A teoria do abuso de direito no Direito Civil Constitucional: novos paradigmas para os contratos*. 2006. Monografia (Especialização em Direito Civil) – Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal Santa Maria, Santa Maria, 2006. Disponível em https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/554/Lunardi_Fabricio_Castagna.pdf?sequen ce=1. Acesso em: 9 dez. 2019.

MADALENO, Rolf. MADALENO, Ana Carolina Carpes. *Síndrome da alienação parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. histórica com "Considerações Preliminares à Guisa de Atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 57-95.

MENEZES CORDEIRO, António. 7. ed. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Tratado de Direito Civil Português: parte geral*. Coimbra: Almedina, 2011. t. 1.

_____. *Tratado de Direito Civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. 5.

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

MONTEIRO, Washington de Barros; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: parte geral*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

_____. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e reparação civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 805-826.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 13, jan./mar, 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental. Perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. In: CORREIA, Atalá. CAPUCHO, Fábio Jun. (coord). *Direitos da personalidade: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato*. Barueri: Manole, 2019. p. 425-448.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. *Alienação parental: do mito à realidade*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5.

PEREIRA, Felipe Pires. *O abuso do direito nas relações possessórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões: ilustrado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Sérgio Gisckow. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PHILLIPS, Douglas. O dano moral pelo abuso de direito na execução de alimentos. *In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. (coord.). Responsabilidade civil no Direito de Família.* São Paulo: Atlas, 2015. p. 144-154.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil.* 10. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1926. t. 2. .

POLETTI, Carlos Eduardo Minozzo. Solidariedade e Responsabilidade no Direito de Família. *In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodoro de Almeida (coord.). Grandes temas de direito de família e das sucessões.* São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 113-147.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: parte especial.* Atual. por Rui Stoco. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. t. 53.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis.* São Paulo: Saraiva, 1937.

_____. BOULANGER, Jean. *Traité de Droit Civil d'après le traité de Planiol.* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956. t. 1.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família.* 28. ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. MALDONADO, Marco Andrei Torres. Responsabilidad por la ruptura de esponsales. *In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). Responsabilidade civil no Direito de Família.* São Paulo: Atlas, 2015. p. 175-185.

ROSSI, Luiz Fernando Salles. O abuso de direito nas relações de família. *In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodoro de Almeida (coord.). Grandes temas de Direito de Família e das sucessões.* São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 87-111.

ROTONDI, Mario. *L'Abuso di diritto: "aemulatio".* Padova: Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1979.

SALEILLES, Raymond. *Étude sur la Théorie Générale de L'Obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand.* 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium.* Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. *In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (coord.). Princípios do Direito Civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família.* 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

SIMÃO, José Fernando. Abandono paterno filial e sua punição (jurisprudência comentada). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 922, p. 511-539, ago. 2012.

_____. Alimentos decorrentes da conjugalidade: uma categoria jurídica em releitura?, *Revista Brasileira da Advocacia*, São Paulo, v. 1, n. 0, jan./mar. 2016.

_____. SCHREIBER, Anderson. TARTUCE, Flávio. BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 5.

_____. *Prescrição e decadência: início dos prazos*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/222874847/sobre-a-doutrina-guarda-compartilhada-poder-familiar-e-as-girafas-por-jose-fernando-simao>. Acesso em: 31 out. 2019.

SOTELO, José Calvo. *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Madrid: Librería general de Victoriano Suárez, 1917.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. v.1.

SOUZA, Eduardo Nunes. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. Abuso do Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro; FREIRE André Luiz (coord.). Enciclopédia Jurídica da PUCSP, (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. t. 1. https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/abuso-do-direito_58f8353c3361d.pdf. Acesso em: 9 jul. 2019.

TAKAOKA, Marcos. *Do ato emulativo ao abuso do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TARTUCE, Flávio. A construção do abuso de direito nos dez anos do Código Civil brasileiro de 2002. *Revista jurídica luso-brasileira*, Lisboa, . v. 1, n. 6, p. 447-472, 2015.

_____. *Direito Civil: Direito de Família*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 5.

_____. A lei 13.811/2019 e a união estável do menor de 16 anos. *Migalhas*, São Paulo, 24 abr. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI300873,91041-A+lei+138112019+e+a+uniao+estavel+do+menor+de+16+anos>. Acesso em: 10 out. 2019.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. 1.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito da Família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1982.

VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos*. 3. ed. São Paulo: Publifolha, 2013.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

Sites consultados:

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

<https://www.camara.leg.br>

<http://www.cjf.jus.br>

<http://www.ibdfam.org.br>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.stj.jus.br>

<https://www.tjdft.jus.br>

<http://www.tjrj.jus.br>

<https://www.tjrs.jus.br>

<https://esaj.tjsp.jus.br>