

A aplicação do abuso do direito nas relações de família: o *venire contra factum proprium* e a *supressio/surrectio*

Cristiano Chaves de Farias

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia
*Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela UCSal. –
Universidade Católica do Salvador*

*Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito
e do Curso JusPODIVM – Centro Preparatório para as carreiras jurídicas.
Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Civil do Curso JusPODIVM
Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*

Sumário:

1. Lineamentos sobre o abuso do direito; 2. O abuso de direito na ordem civil-constitucional e a sua íntima relação com a boa-fé objetiva; 3. O abuso de direito e o Código Civil (art. 187); 4. Lineamentos sobre a proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e a *supressio eurrectio*; 5. A boa-fé objetiva no Direito das Famílias; 6. Aplicação do *venire contra factum proprium* e da *supressio eurrectio* no âmbito das relações familiares; 7. Notas conclusivas. Referências.

“Toda noite ela diz pra eu não me afastar; Meia-noite ela jura eterno amor; e me aperta pra eu quase sufocar; e me morde com a boca de pavor...”

(CHICO BUARQUE DE HOLLANDA, *Cotidiano*)

1. Lineamentos sobre o abuso do direito

A teoria do abuso do direito somente despontou no final do Século XIX, como uma das mais relevantes conseqüências da superação de concepções individualistas, que entendiam ser o absoluto exercício dos direitos a autêntica expressão de uma liberdade ilimitada. Concedida a liberdade e a autodeterminação ao ser humano, deveria ele, eventualmente, arcar com a responsabilidade pelas condutas ofensivas ao ordenamento jurídico e, portanto, ilícitas. A introdução do abuso do direito permite vislumbrar uma via intermediária entre o permitido e o proibido.

Construída em sede doutrinária e jurisprudencial, ao longo do século XX, a teoria do *abuso de direito* deita nítidas raízes no Direito medieval, identificada nos atos emulativos (*aemulatio*), denominação emprestada àqueles atos praticados pelos proprietários ou vizinhos com o objetivo primordial de prejudicar a terceiros.¹

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

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

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

2. O abuso de direito na ordem civil-constitucional e a sua íntima relação com a boa-fé objetiva³

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

CC, art.187:

“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

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

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

O verdadeiro critério do abuso do direito, por conseguinte, parece se localizar no princípio da boa-fé, pois em todos os atos geralmente apontados como abusivos estará presente uma violação ao dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança ditados pelo conteúdo desse fundamental princípio, independentemente de qualquer propósito de prejudicar. Por isso, conforme a lição de TERESA NEGREIROS,⁴ boa-fé e abuso do direito complementam-se, operando aquela como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular e, nesta medida, abusivo se consubstanciar quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Sendo o uso antifuncional do direito aferido objetivamente, com base no conflito entre a sua finalidade própria e a atuação concreta da parte, é forçoso reconhecer que a constatação do abuso passa, obrigatoriamente, pela análise da boa-fé objetiva.

² GOMES, Orlando, cf. *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 131.

³ As idéias aqui apresentadas, estão desenvolvidas, com maior aprofundamento, em outra sede, para onde se remete o leitor, com o propósito de uma leitura mais amíúde do tema, com variações genéricas por toda a Teoria Geral do Direito, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito Civil: Teoria Geral*, cit., p.608.

⁴ NEGREIROS, Teresa, cf. *Teoria do contrato*, cit., p. 141.

Nessa linha de idéias, consoante entendimento que já é patrocinado pela melhor jurisprudência, há de se relacionar o abuso de direito ao princípio da boa-fé objetiva, utilizando-o como parâmetro para definir limites do ato antijurídico.⁵

Com mais minúcias: não se pode deixar de reconhecer uma íntima ligação entre a teoria do abuso de direito e a boa-fé objetiva – princípio vetor das relações jurídicas no Brasil (CC, arts. 113 e 422) – porque uma das funções da boa-fé objetiva é, exatamente, limitar o exercício de direitos subjetivos (e de quaisquer manifestações jurídicas) contratualmente estabelecidos em favor das partes, obstando um desequilíbrio negocial.

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

No art. 186 do Código Civil se encontra uma cláusula geral de ilicitude por culpa – praticamente reiterando o art. 159 do Código Civil de 1916. Em contrapartida, o art. 187 enfatiza uma cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva, ao mencionar que *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

O legislador, enfim, qualificou o abuso do direito como ato ilícito.

O mérito do art. 187 do Código de 2002 é realçar que o critério do abuso não reside no plano psicológico da culpabilidade, mas no desvio do direito de sua finalidade ou função social. Acolhe-se, em concreto, a teoria objetiva finalista.⁶ Como pondera RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, desaparece o elemento que até hoje a nossa jurisprudência exige para reconhecer a presença do abuso do direito, que seria a intenção de causar o dano, o "sentimento mau" a animar o agente, pois o Código Civil dispensa o elemento subjetivo e se contenta com a culpa social que reside no comportamento excessivo.⁷

Aqui, coloca-se em relevo outro elemento do ato abusivo – a sua causa –, considerado em sentido teleológico: o direito subjetivo é um direito-função e o seu exercício abusivo motiva a ruptura do equilíbrio dos interesses sociais concorrentes.

No art. 186, a Lei Civil define como ilícita a violação frontal da norma por qualquer pessoa que infrinja os seus pressupostos lógico-formais. Isto é, de forma apriorística estabelece uma concreta proibição normativa à prática de uma conduta. Mediante uma qualificação exclusiva do legislador, o sistema, automaticamente, reprova os comportamentos hostis à letra da norma. A outro giro, ao cuidar do abuso do direito, no art. 187, impõe-se uma leitura é diversa. Aqui, alguém aparentemente atua no exercício de um direito. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, no abuso do direito não há desafio à legalidade estrita, porém à própria legitimidade, posto vulnerado o princípio que a fundamenta.

⁵ *“Conta-corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos”* (STJ, Ac.unân. 4ª T., REsp. 25.052-3/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 19.10.00, DJU 18.12.00, p. 203).

⁶ Nessa tocada, foi cimentado no Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil: *“a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”*

⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, cf. *“Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos”*, cit., p. 23.

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

Registre-se ser infeliz a referência à palavra “*direito*” contida na redação do art. 187 da Codificação, por induzir à idéia de uma restrição à aplicação da teoria do ato abusivo, o que impediria a sua incidência em outras situações jurídicas. Com efeito, ao contrário do que insinua o tipo legal, também as liberdades, as faculdades e os direitos potestativos admitem a incidência da teoria do ato abusivo, uma vez que podem estabelecer vantagens para o seu titular.⁸

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

Outra observação que comporta reflexão se localiza na inserção do advérbio “*manifestamente*”, como forma de definir a partir de que limites o ato abusivo será passível de sancionamento pelo sistema. Há certa perplexidade em afirmar que um ato pode ser “muito ou pouco” abusivo. Sejam peremptórios: ou há a violação aos valores da função, boa-fé e bons costumes, ou não há abuso do direito. Não é possível tolerar uma pequena violação a valores, pois toda lesão a princípios, per se, já é relevante.

Em sendo assim, conclui-se que o abuso do direito só ocupa posição de relevo em ordenamentos jurídicos que reconheçam a prevalência axiológica dos princípios constitucionais e superem a visão míope dos direitos como construções fracionadas e atomizadas. Apenas sistemas abertos terão a capacidade de captar os valores imantados em princípios e enviá-los diretamente às normas privadas, garantindo a supremacia da Lei Maior e a necessária unidade e coerência com os demais sistemas. Bem por isso, a cláusula geral do art. 187 propicia essa abertura ao influxo dos valores do art. 3º, I, da Constituição Federal, efetuando uma saudável ponderação entre o exercício da autonomia privada e os valores solidaristas do ordenamento.

E o constante revigoramento da teoria do abuso do direito será consequência da diuturna harmonização dos referidos princípios, sempre com vista ao valor supremo da preservação da dignidade da pessoa humana. Não mais é possível repetir impunemente o brocardo “*tudo que não é proibido é permitido*”. Atualmente, nem tudo que não é proibido é permitido, pois no perímetro que separa a afirmação da negação reside o abusivo.

4. Lineamentos sobre a proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e a *supressio e surrectio*

A amplitude e abertura da cláusula geral de *abuso do direito* permitem, naturalmente, o reconhecimento de diferentes categorias decorrentes de sua efetiva aplicação.

Equivale a dizer: o abuso do direito se apresenta, nos mais distintos âmbitos de sua incidência, com diferentes formas e feições, modelando-se às variações que defluem da própria boa-fé objetiva. Tais variações, contudo, estão entrelaçadas, diretamente, na perspectiva da boa-fé objetiva.

Dentre as variadas feições do abuso do direito, merecem referência o *venire contra factum proprium*, a *supressio* e a *surrectio*.

⁸ Corroborando dessa tese, INACIO DE CARVALHO NETO assevera “não haver direitos insindicáveis em matéria de abuso, aplicando-se a teoria a quaisquer espécies de direitos”, inclusive aos potestativos, cf. *Abuso do Direito*, cit., p. 217.

Quanto ao *venire contra factum proprium*, vale destacar, de saída, a observação de FRANZ WIEACKER de que a referida expressão (que também é designada de *proibição de comportamento contraditório*) evidencia de modo tão imediato a essência da obrigação de um comportamento conforme a boa-fé objetiva (ou seja, conforme o senso ético esperado de todos) que a partir dela é possível aferir a totalidade do princípio.⁹

Pois bem, a *proibição de comportamento contraditório* (*nemo potest venire contra factum proprium*) é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC, art. 422).¹⁰

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que *ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa*. Com esse espírito, ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR conceitua o *venire contra factum proprium* como “uma seqüência de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um deles podendo ser omissivo ou comissivo e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em pessoa mediana a confiança de que uma determinada situação jurídica será concluída ou mantida”.¹¹

Dessa noção conceitual, é possível extrair os elementos essenciais para a proibição de comportamento contraditório: *i)* uma conduta inicial; *ii)* a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial; *iii)* um comportamento contraditório em relação à conduta inicial; *iv)* um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição. Fundamenta-se a vedação de comportamento contraditório, incoerente, na tutela jurídica da confiança, impedindo que seja possível violar as legítimas expectativas despertadas em outrem. Essa confiança, por seu turno, decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva (bem definida pela doutrina germânica como *Treu und Glauben*, isto é, dever geral de *lealdade* e *confiança recíproca* entre as partes).

A outro giro, derivando do sistema jurídico alemão, a *supressio* (ou *Verwirkung*, como preferem os alemães) e a *surrectio* (ou *Erwirkung*, na língua tedesca) são expressões cunhadas no direito lusitano, para designar o fenômeno jurídico da supressão de situações jurídicas específicas pelo decurso do tempo, obstando o exercício de direitos, sob pena de caracterização de abuso. Trata-se da inadmissibilidade do exercício de determinadas situações jurídicas por seu retardamento, omissão, fazendo surgir para outra pessoa uma expectativa.¹²

⁹ WIEACKER, Franz, cf. *El principio general de la buena fe*, cit., p. 61

¹⁰ Conquanto nunca tenha sido contemplado expressamente no ordenamento jurídico, o princípio da vedação do comportamento proibitório mantém um “contínuo flerte” com os juristas contemporâneos, como percebe ANDERSON SCHREIBER, em excelente e pioneira obra sobre o tema, cf. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 62. Desse modo, apesar do silêncio da lei, promovida uma interpretação liberta das amarras positivistas, percebe-se que o *venire contra factum proprium* é consectário natural da repressão ao abuso de direito, sendo perfeitamente aplicável no direito brasileiro.

¹¹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, cf. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., p.367.

¹² As primeiras idéias centrais sobre a matéria se originaram na Alemanha, por conta da superdesvalorização da moeda, no início do século XX. Como, naquele momento histórico, a diferença de poucos dias na aplicação da correção monetária importava em considerável mudança no valor da dívida, exigiu a jurisprudência alemã que o credor fosse rápido na cobrança de seus direitos. Nessa trilha de raciocínio, em 1923, um tribunal germânico reconheceu a perda do direito à correção monetária por parte de um empreiteiro que havia retardado por mais de dois meses a comunicação ao seu cliente a respeito da pretensão de corrigir o preço ajustado. A partir daí, a *Verwirkung* difundiu-se no sistema jurídico alemão. Já em 1925 houve um célebre caso, relacionado à impugnação de uso de marca (direito autoral). O autor da demanda havia depositado, em 1906, no órgão competente a marca *Goldina*, para fins de uso com produtos laticínios em geral, mas apenas utilizou-se, efetivamente, da marca na margarina. De outra parte, o réu havia registrado, em 1896, a mesma marca *Goldina* para a produção de chocolate e produtos derivados. Todavia, a partir de 1918, passou a produzir, também, manteiga e leite condensado. Coincidentemente, em 1921, também o autor da referida ação resolveu produzir manteiga e leite condensado, com

Pois bem, diante dessas considerações, é possível dizer que a *supressio* é o fenômeno da perda, supressão, de determinada faculdade jurídica pelo decurso do tempo, ao revés da *surrectio* que se refere ao fenômeno inverso, isto é, o surgimento de uma situação de vantagem para alguém em razão do não exercício por outrem de um determinado direito, cerceada a possibilidade vir a exercê-lo posteriormente.

O Código Civil, embora não expressamente, admite um típico exemplo de *supressio* no art. 330, ao tratar do pagamento, reiteradamente, realizado em local diverso daquele fixado no contrato.¹³

Sublinha ANDERSON SCHREIBER que o *Verwirkung* é um sub-tipo, uma subespécie, de *venire contra factum proprium* (isto é, proibição de comportamento contraditório), apenas caracterizado pelo fato de que a conduta inicial consiste em um comportamento omissivo, um não-exercício de uma situação jurídica subjetiva.¹⁴

Aproxima-se, assim, a *supressio* da figura do *venire contra factum proprium*, pois ambas atuam como fatores de preservação da confiança alheia. Mas dele se diferencia primordialmente, pois, enquanto no *venire* a confiança em determinado comportamento é delimitada no cotejo com a conduta antecedente, na *supressio* as expectativas são projetadas apenas pela injustificada inércia do titular por considerável decurso do tempo – que é variável conforme as circunstâncias –, somando-se a isso a existência de indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido.

Outro aspecto que merece destaque é a desnecessidade de investigação do elemento anímico – dolo ou culpa – por parte do titular não-exercente do direito, sendo a deslealdade apurada objetivamente com base na ofensa à tutela da confiança.¹⁵

5. A boa-fé objetiva no Direito das Famílias

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

É certo e incontroverso que o ser humano possui distintas necessidades vitais: isolar-se e relacionar-se. Quando busca o isolamento e a proteção contra injustificadas intromissões em sua intimidade e privacidade, a dignidade penetrará no Direito Civil pela via da tutela dos direitos da personalidade. No entanto, na maior parte de sua vida, a pessoa encontra-se em situação de (co)relação. Aqui se vislumbra a premente *confiança depositada reciprocamente entre os sujeitos de uma relação jurídica*. E essa confiança se apresenta pelas lentes da *boa-fé*

a marca *Goldina*, antes já depositada em seu favor. Diante do caso narrado, pleiteava o autor que o réu fosse impedido de utilizar-se da marca que havia registrado anos antes. A corte alemã, porém, deliberou pela impossibilidade de utilização tardia do direito de uso da marca autoral. Mais uma vez, a referência histórica é à obra de ANDERSON SCHREIBER, cf. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 179.

¹³ Reza o dispositivo codificado: "o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato". Ou seja, a inércia do credor, por não constituir em mora em devedor (CC, art. 394), gera a legítima confiança no devedor que poderá efetuar os pagamentos sucessivos no local que escolheu.

¹⁴ SCHREIBER, Anderson, cf. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 181.

¹⁵ Em duas recentes decisões, o Superior Tribunal de Justiça considerou a *supressio* (REsp.356.821/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.4.02 e REsp. 214.680-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 10.8.99). Em comum, proprietários de unidades condominiais fizeram uso exclusivo de área de propriedade comum, que há mais de trinta anos só eram utilizadas pelos moradores das referidas unidades, pois eram os únicos com acesso ao local e estavam autorizados por assembléia condominial. Assim, houve o prolongado comportamento dos demais condôminos, como se não mais quisessem exercer o direito sobre a área comum, criando a expectativa, justificada pelas circunstâncias, da permanência desta situação. Assim, manteve-se o *statu quo ante*, em virtude do "princípio ético de respeito às relações definidas por décadas de convívio".

objetiva.¹⁶ A boa-fé significa, assim, a mais próxima tradução da confiança, que é, como visto alhures, o esteio de todas as formas de convivência em sociedade.

É natural, portanto, que *as relações patrimoniais e pessoais de família tenham de se harmonizar com a boa-fé objetiva*.

Pois bem, o amplo espectro de compreensão da boa-fé objetiva como mola propulsora das relações privadas impõe, assim, a sua incidência também nas relações de Direito de Família, sejam de índole patrimonial (como, *e.g.*, na compreensão dos bens a se comunicar de acordo com os regimes de bens), sejam de caráter pessoal (valendo o exemplo da união estável putativa).¹⁷

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

Nessa tocada, FERNANDA PESSANHA DO AMARAL GURGEL, corretamente, esclarece que “a boa-fé objetiva, por conter valores essenciais, de conteúdo generalizante, deve ser posicionada como um princípio geral a ser priorizado em todo o direito e nas diversas espécies de relações jurídicas, inclusive no que concerne às relações familiares”, não sendo possível isolar o fenômeno ético, de magnitude constitucional, em relações somente obrigacionais.¹⁸

Exemplos significativos da aplicação da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família podem ser citados com a não comunhão dos bens adquiridos pelo casal depois da separação de fato, independentemente do que prevê o Código Civil (em seu art. 1.642, V)¹⁹ e com a mitigação do caráter irrepitível dos alimentos. Nesse diapasão, inclusive, GIOVANNI ETTORE NANNI formula interessante exemplo da situação narrada, lembrando a hipótese da mulher divorciada que recebe pensão do ex-marido e oculta a constituição de uma nova entidade familiar. Nesse caso, não mais havendo necessidade de percepção dos alimentos, caracterizar-se-ia enriquecimento sem causa e sujeitaria o indevido beneficiário à repetição do que recebeu ilícitamente.²⁰

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

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 outras de conteúdo pessoal, existencial.²¹

¹⁶ As idéias tratadas no tópico são desenvolvidas com maior aprofundamento em obra específica que escrevemos sobre o tema, voltando a atenção, porém, noutro prisma, às relações obrigacionais, In FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Obrigações*, 3ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, para onde se remete o leitor, quando se fizer necessária uma verticalização acerca da compreensão das relações obrigacionais à luz dos valores constitucionais.

¹⁷ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA explica que o Direito de Família se compõe, em sua seriação, relações pessoais e patrimoniais, cf. *Instituições de Direito Civil*, cit., p.33. No mesmo diapasão, MARIA BERENICE DIAS, por seu turno, preleciona que “em sede de Direito de Família é mister distinguir os direitos familiares pessoais dos direitos familiares patrimoniais”, cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p.34.

¹⁸ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral, cf. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*, cit., p.229.

¹⁹ “A cônjuge-uirago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 32.218/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., DJU 3.9.01, p. 224, in RT 796:200).

²⁰ NANNI, Giovanni Etori, cf. *Enriquecimento sem causa*, cit., p. 397.

²¹ Em sentido semelhante ao texto, os saudosos professores paraenses JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA E FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ professavam que os direitos de família, por razões éticas e pelo caráter

6. Aplicação do *venire contra factum proprium* e da *supressio e surrectio* no âmbito das relações familiares

Nas pegadas da aplicação da boa-fé objetiva no âmbito familiar, conclui-se, com clareza solar, a natural incidência de suas mais diversas feições no Direito das Famílias.

Assim, as figuras do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório) e da *supressio e surrectio* (que são variáveis da própria teoria do abuso do direito, como visto alhures, decorrendo da quebra da confiança esperada dentro de determinadas situações) devem ser reconhecidas no campo familiarista.

Acolhida, com tranqüilidade, em nosso sistema, a *vedação ao comportamento de forma contraditória*, ou seja, a vedação à *expectativa gerada no outro* nas relações jurídicas em geral (inclusive incidindo sobre nas relações privadas), nota LUIZ EDSON FACHIN que essa “revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias jurídicas fundamentais”²², deixando antever uma necessidade de (re)compreender os diversos institutos jurídicos civilistas (inclusive no âmbito familiarista) à luz da tutela da confiança.

Pois bem, sem a menor sombra de dúvidas, também no âmbito familiarista, tem guarida a proibição de comportamento contraditório.

Exemplo eloqüente disso é a proibição de que o cônjuge ou companheiro que, no momento da dissolução do casamento ou da união estável, renunciou ao direito de receber pensão alimentícia, constituindo vida autônoma e independente, possa, posteriormente, cobrá-los, surpreendendo o ex-parceiro.²³ Nessa senda, apesar do art. 1.707 do Código Civil afirmar que os alimentos são irrenunciáveis, não é possível cobrar a pensão alimentícia após ter se criado na outra parte a expectativa de que não teria a necessidade de pagá-los. Confere-se, pois, uma interpretação construtiva ao dispositivo legal em comento, em absoluta harmonia com a proibição de abuso do direito. Veja-se, a respeito, o que vem emanando da Corte Superior de Justiça: “Direito Civil e Processual Civil. Família. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo” (STJ, Ac.unân. 3ª T., REsp.701.902/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j.15.9.05, DJU 3.10.05, p. 249). De fato, a tese merece aplausos, até porque, é certo, que o cônjuge, nesse caso, reestrutura a sua vida com a convicção de que não mais teria essa obrigação no futuro, programando os seus deveres financeiros de acordo com essa legítima expectativa. Obsta-se, pois, uma inesperada mudança de comportamento (proibição da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros.²⁴ Assim, caracterizaria um *comportamento contraditório* cobrar os alimentos depois de ter deles aberto mão.

eminente pessoal da relação, exigem “formas próprias de tutela, inteiramente distintas das que caracterizam a defesa dos direitos de crédito, dos direitos reais e dos próprios direitos da personalidade”, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p.12-3.

²² FACHIN, Luiz Edson, cf. “O *aggiornamento* do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial”, cit., p.115-6.

²³ Nessa esteira, vem reconhecendo o Superior Tribunal de Justiça: “Alimentos. Renúncia em pleito anterior. Tendo sido homologado acordo no qual a parte renunciou ao direito de alimentos, inadmissível seu ulterior comparecimento em juízo para pleiteá-los” (STJ, Ac. 3ª T., RO-HC11.690/DF, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, DJU 19.11.01).

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Direito das Famílias*, cit., p.514.

Noutro quadrante, endossando a tese sustentada por ALDEMIRO REZENDE DANTAS JÚNIOR,²⁵ também é possível vislumbrar a caracterização do *venire contra factum proprium* na conduta do cônjuge que, após descobrir ter sido vítima de um adultério, perdoa o seu consorte e continua convivendo harmonicamente, mantendo a vida conjugal em comum. Nesse caso, a continuidade da vida afetiva cria no outro a justa e legítima expectativa de ocorrência de um verdadeiro *perdão tácito*, motivo pelo qual *não se lhe permitirá, posteriormente, ajuizar uma ação de separação, calcada na alegação de violação do dever de fidelidade*.

Outra reflexão permitirá inferir, também como exemplo da proibição de comportamento contraditório em sede familiarista, a conduta do cônjuge ou companheiro que, após anos a fio de convivência, dedicando irrestrito apoio material, inclusive custeando despesas supérfluas da outra parte, nega toda e qualquer proteção alimentícia quando da dissolução da convivência, apesar de saber que o outro não tem como se manter.²⁶

Não é despiendo, ainda, fazer menção à caracterização do *venire* quando o devedor alega a impenhorabilidade de um bem de família após ter, voluntariamente, oferecido o bem à penhora, em processo de execução. Por isso, o Pretório gaúcho vem visualizando:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. BENS ESSENCIAIS À ATIVIDADE LABORAL. IMPENHORABILIDADE. ANUÊNCIA DO SÓCIO. Evidenciada a concordância expressa do sócio-gerente com a penhora realizada, resta descaracteriza a proteção dada pela Lei nº 8.009/90, já que foi a própria empresa beneficiada quem ofereceu o bem em garantia, além do que se mostraria violado o princípio do *venire contra factum proprium*. Apelo desprovido.”
(TJ/RS, Ac.2ªCâm.Cív., ApCív. 70016547606 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. João Armando Bezerra Campos, j. 21.11.07, DJRS 3.12.07)

Demais de tudo isso, admitindo a tese do *venire contra factum proprium* no âmbito familiarista, em precedente interessante, o Superior Tribunal de Justiça impediu a anulação de um contrato de venda de imóvel comum pelo cônjuge que, embora não tenha assinado a promessa de compra e venda, reconheceu e obteve vantagens decorrentes da venda celebrada pelo seu consorte, inclusive se defendendo de ação promovida contra o casal, na qualidade de proprietários, através de alegação de que já não mais lhe pertencia o bem. Em termos codificados, é possível afirmar que a Corte promoveu a conciliação do comando do art. 1.647 do Código Reale com a cláusula geral de abuso do direito do art. 187 do mesmo *Codex*. Veja-se:

²⁵ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, cf. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., pp. 302-3.

²⁶ Compartilhando o exemplo, FERNANDA PESSANHA DO AMARAL GURGEL antevê a caracterização do *venire*, também, na “situação daquele que mantém durante longo período laços de afetividade com o filho de sua esposa ou companheira, inclusive registrando-o voluntariamente como filho, e que, por ocasião do rompimento do relacionamento, nega a este o devido amparo afetivo e econômico, contrariando, dessa forma, a declaração espontânea de paternidade e a paternidade socioafetiva”, cf. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*, cit., p.150.

“Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. ‘Venire contra factum proprium’. Boa-fé. (...) A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios”
(STJ, Ac. 4ª T., REsp.95539/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.3.9.96).²⁷⁻²⁸

Também merece referência a possibilidade de incidência da *supressio* e da *surrectio* nas relações familiares.

Com efeito, dúvida inexistente de que é perfeitamente possível reconhecer no Direito das Famílias hipóteses de *supressio* e de *surrectio*, consubstanciando casos de abuso do direito – o que torna desnecessária a discussão a respeito da concorrência de culpa (elemento subjetivo) para a prática da ilicitude.

De logo, vale lembrar a hipótese de um cônjuge que descobre, logo após o casamento, algum fato grave que desabona a honra e a boa fama de seu consorte, antes desconhecido – o que lhe faculta requerer a anulação de casamento, nos termos do art. 1.557 da Lei Civil. No entanto, ao invés de requerer a invalidação das núpcias, o consorte continua coabitando com o cônjuge, mesmo após a descoberta do fato. A referida hipótese “reflete de modo claro uma aplicação prática da *supressio* e, tivesse o legislador, por qualquer razão, deixado de fazer a ressalva que se encontra no art. 1.559, referente à coabitação, ainda assim o direito de obter a anulação do casamento não mais poderia ser exercido”, em face da expectativa criada no outro.²⁹

A outro giro, também é possível reconhecer a incidência da *supressio* em situações jurídicas atinentes à pensão alimentícia. Bastaria imaginar a hipótese de um credor de alimentos (alimentando) que se mantém inerte por longo período de tempo, criando no devedor (alimentante) a expectativa de que não há execução porque não há necessidade fática de recebimento da pensão. Nesse caso, o comportamento reiterado do credor, omitindo-se de uma execução de alimentos (quando poderia fazê-lo), poderá caracterizar a *supressio*, caso não tenha sofrido, por evidente, algum embaraço impeditivo na propositura da demanda. Já há, inclusive, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abraçando o cabimento da tese em tais circunstâncias:

²⁷ Em trecho do voto condutor, bem ponderou o ilustre relator: “para ter o comportamento da mulher como relevante, lembro a importância da doutrina sobre os atos próprios. O Direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente... Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior”.

²⁸ Com argumentação bastante parecida, o Tribunal de Justiça bandeirante já se manifestou no mesmo diapasão: “alienação de coisa comum. Promessa de doação não foi feita por mera liberalidade, mas como condição/cláusula do acordo que possibilitou a separação do casal. Homologação judicial. Negócio jurídico perfeito, não podendo, em consequência, ser alterado unilateralmente. Honorários advocatícios e multa por litigância de má-fé mantidos nos termos da r. sentença proferida.” (TJ/SP, ApCív. 434.304-4/2, rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, DJSP 27.7.07).

²⁹ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende, cf. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, cit., p. 396.

“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.

(...)

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 *supressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais...”

(TJ/RS, Ac.unân. 8ªCâm.Cív., ApCív. 70026907352 – comarca de Cruz Alta, rel. Des. Rui Portanova, j. 4.12.08)

E a recíproca é verdadeira. Caso, em situação contrária, o devedor de alimentos (o alimentante), apesar de ter sido exonerado judicialmente do dever de prestar, resolve, por conta própria, *sponte sua*, manter o pensionamento, reiterada e sistematicamente, poderá estar criando no beneficiário uma expectativa, que pode se apresentar digna de proteção jurídica, por conta desse comportamento.³⁰

Porém, uma advertência se impõe no tocante à proteção jurídica do valor confiança no âmbito das relações familiares: a simples ausência de afeto ou mesmo a cessação de um afeto longamente nutrido, fio condutor de uma estrutura familiar que sem ele ameaça desmoronar, jamais poderá resvalar em comportamento contraditório reprimido pelo direito. Do mesmo modo, pode-se dizer que o desamor, *de per si*, por mais doloroso que possa ser, inadmitte enquadramento como abuso de direito nas modalidades *supressio e surrectio*.

O ponto fulcral desse entendimento é o fato de que, na seara do *dar e do receber afeto*-cujo lócus situa-se na psique humana- a inconstância do sentimento e a influência que o tempo e que fatores cotidianos podem ter no abalo das relações afetivas são elementos que impedem (ou que deveriam impedir) a cristalização de expectativas mais robustas de permanência. É da índole das vivências amorosas a possibilidade da ruptura, do abandono, da partida.

E mais do que isso. O trânsito nas sendas do afeto é albergado pela Lei Maior, que protege a liberdade como valor fundamental, necessário e indispensável para a preservação da basilar dignidade da pessoa humana. O indivíduo é livre para amar e ser amado, na proporção do que cada um pode, quer e consegue doar de si mesmo.

O rompimento amoroso, sem resquícios de dúvida, sepulta sonhos de futuro, destrói ilusões cultivadas com esmero e magoa quem é deixado, quando tudo que se desejava era permanecer unido. Como belamente desfiou a pena de CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE, um de nossos poetas maiores: “*tenho razão para sentir saudade de ti, de nossa convivência em falas camaradas, simples apertar de mãos, nem isso, voz modulando sílabas conhecidas e banais que eram sempre certeza e segurança./Sim, tenho saudades, Sim, acuso-te porque fizeste o*

³⁰ Não por outro motivo, a Corte de Justiça sulriograndense já teve oportunidade de afirmar: “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*..” (TJ/RS, Ac.8ªCâm.Cív., ApCív.70009037631, rel. Des. Rui Portanova, j.12.8.04).

não previsto nas leis da amizade e da natureza, nem nos deixaste sequer o direito de indagar, porque o fizeste, porque te foste.”

Entretantes, não é nos tribunais que se resolverá a dor e a desilusão que o fim do amor deixa como amarga herança. E, bem por isso, LUCIANO CHAVES DE FARIAS pontua que ‘ “Destarte, a falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de um relacionamento. Não é razoável, nem harmônico, com a concepção moderna e constitucional da família querer o Estado-Juiz penalizar alguém pelo fim do afeto, pelo desamor... O Judiciário não deve (e nem pode) querer obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo.³¹

Notas conclusivas

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

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

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

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

Porém, não se deve olvidar que, embora a teoria dos atos próprios encontre largo campo de atuação no peculiar tecido de que se compõem os arranjos familiares, ela não pode servir de embasamento para a violação do constitucional exercício da liberdade afetiva. A inexistência ou a interrupção do afeto não tem o potencial de inscrever como contraditório o comportamento do agente que rompe a relação amorosa, nem de gerar a supressão do seu direito de fazê-lo. Como se disse, em passagem poética, “*não imagine que te quero mal; apenas não te quero mais...*”.

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

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “A boa-fé na relação de consumo”, *in Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, vol. 14, abr./jun. de 1995.

CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*, Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, Curitiba: Juruá, 2002, vol. I.

³¹ FARIAS, Luciano Chaves de, cf. “Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais”, cit., p.19.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*, Curitiba: Juruá, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

FACHIN, Luiz Edson. "O *aggiornamento* do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial". In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*, 8ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direito das Obrigações*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Luciano Chaves de. Teoria do risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado e das relações matrimoniais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, n. 2, fev./mar. 2008

GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983

_____. *Introdução ao Direito Civil*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*, Curitiba: Juruá, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*, Curitiba: Juruá, 2ªed., 1998

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 14ªed., 2004, vol. V

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2005

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VIEIRA, Marcus André. *A ética da paixão: uma teoria psicanalítica do afeto*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

VILLELA, João Batista. "As novas relações de família", In *XV Conferência da OAB – Anais*, Foz do Iguaçu: OAB, 1994