# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

**VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN**

**GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA**

**ISIVONE PEREIRA CHAVES**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Valéria Silva Galdino Cardin

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Isivone Pereira Chaves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-781-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

# XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

## DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

## Apresentação

O XXVII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi), realizado na cidade de Goiânia/GO, entre os dias 19, 20 e 21 de junho de 2019, proporcionou o intercâmbio de conhecimento científico entre pesquisadores e instituições de ensino jurídico do Brasil acerca de temas inéditos, relevantes e controvertidos.

O Conpedi é considerado um dos mais importantes eventos científicos da área jurídica, sendo responsável por viabilizar a discussão em elevado nível de profundidade de questões polêmicas e originais que permeiam o ambiente acadêmico, além de possibilitar a integração e a divulgação das linhas de pesquisa desenvolvidas nos programas de mestrado e doutorado.

O grupo de trabalho "Direito de Família e das Sucessões", ao qual honrosamente participamos como coordenadoras da mesa, contou com a participação de experientes pesquisadores, que levantaram inúmeras questões acerca de temáticas ainda pouco exploradas. Neste sentido, Laísa Fernanda Campidelli apresentou artigo que analisa a atual utilização das imagens e de vídeos de menores para a facilitação das adoções. A autora abordou ainda a importância do direito à convivência familiar, essencial para o desenvolvimento sadio do indivíduo, evidenciando a necessidade de o Estado promover ações para garantir esse direito a toda criança e adolescente. A divisão do trabalho foi feita em três tópicos, sendo eles o direito à imagem da criança e do adolescente, o direito fundamental à convivência familiar e a busca ativa em campanhas. Ressalta-se que, ao longo do desenvolvimento da explanação, a autora explicou que apesar do caráter excepcional da opção pelo uso de imagens e informações pessoais das crianças face à vulnerabilidade, esse mecanismo é eficaz para a garantia de um lar a muitos menores, desde que haja cautela.

Já Bruna Agostinho Barbosa Altoé apresentou um artigo acerca do divórcio extrajudicial como importante meio de efetivação dos direitos da personalidade. Ressaltou o paternalismo jurídico em relação a este instituto, bem como a influência religiosa e moral que estabelece obstáculos para a extinção do vínculo matrimonial, em detrimento da vontade das partes. Discorreu acerca da importância da Lei nº 11.441/07, que disciplinou o divórcio extrajudicial, sem a interferência do Poder Judiciário, permitindo, assim, maior efetivação dos direitos da personalidade.

Por conseguinte, Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire e Luiza Machado Farhat Benedito apresentaram um artigo acerca da criogenia, onde foram abordados questionamentos quanto à possibilidade da interrupção do ciclo natural da vida, com um novo ressignificado da morte, por um contraponto entre a ética da responsabilidade de Hans Jonas. Tudo isso, apontando indagações quanto aos efeitos da criogenia e o Direito de Família e Sucessões.

Na apresentação do artigo "O fenômeno da parentalidade distraída e abandono afetivo: quanto custa o cuidado na sociedade tecnológica?", Leticia Prazeres Falcão trabalhou o instituto da parentalidade distraída, evidenciando a influência da sociedade tecnológica pós-moderna e os prejuízos do incorreto uso destas tecnologias à luz da paternidade responsável. A autora explicitou que segundo pesquisas norte-americanas, há uma relação de causa e consequência entre o exercício parental carente e traumas psicossociais em crianças e adolescentes. Falar de abandono afetivo diante de uma parentalidade distraída, é considerar que talvez possa ocorrer sim uma responsabilização civil advinda desse afastar tecnológico. No fundo, o que se busca é o resgate de uma conectividade real, humana e prática.

Enquanto que Otávio de Abreu Portes Junior, ao examinar o tema uniões poliafetivas, afirmou que o conceito de família vem se tornando cada vez mais amplo, de forma que não mais se limita apenas aos modelos de entidades familiares previstas em lei. Em sua apresentação asseverou que a evolução da sociedade e a influência da cultura consumerista influenciaram na configuração da família poliamorista, seja na união simultânea, onde a mais de um núcleo familiar, ou na união poliafetiva, em que há um único núcleo familiar com diversos participantes, que se relacionam afetivamente entre si. O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm negado o reconhecimento do direito a partir do tratamento que foi endurecidamente aplicado ao concubinato. A tendência é que estes revejam tal posicionamento, pois vivemos em uma sociedade multicultural, na qual vigora um sistema de inclusão, onde deve ser aceita e respeitada as diversas formas de pensamento.

Em seu artigo, Maisa de Souza Lopes examinou as modalidades específicas de atos abusivos no âmbito familiar, como a proibição de comportamento contraditório, a supressio, surrectio, tu quoque, a adimplemento substancial, a duty to mitigate the loss e a violação positiva do contrato. Exige-se dos pares uma postura mais ética, com enfoque na boa-fé, na solidariedade, na responsabilidade e na confiança, para que haja justiça do caso concreto.

Alexia Domene Eugenio abordou a construção do conceito da pós-modernidade no Direito de Família e demonstrou como a realidade contemporânea afeta as relações familiares, potencializando conflitos. A autora também apontou os meios adequados para a solução da lide, apresentando dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatístia (IBGE) e do

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) acerca do tema, que mostraram quais seriam os meios adequados para a solução dos conflitos familiares.

O artigo apresentado por Leonora Roizen Albek Aliven abordou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil de 2002. A autora propôs a aplicação do mesmo tratamento do cônjuge quanto ao direito sucessório do companheiro.

Dessa maneira, a partir da seleção dos mais qualificados trabalhos acima elencados, o referido congresso científico demonstrou a preocupação com as mazelas que acometem o ser humano e o espaço no qual está inserido, especialmente no que diz respeito ao Direito de Família e sucessório no âmbito contemporâneo, os desafios e as novas tendências legislativas que devem ser aplicadas nas relações familiares.

Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)

Dra. Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR/PR e UEM/PR)

Dra. Isivone Pereira Chaves (Uni-ANHANGUERA)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# A APLICABILIDADE DAS MODALIDADES DE ABUSO DO DIREITO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

## THE APPLICABILITY OF THE RULES OF ABUSE OF LAW IN FAMILY RELATIONS

**Maisa de Souza Lopes**
**Flavio Costa Viana**

**Resumo**

A aplicação da teoria do abuso do direito encontra campo fértil no Direito de Família, por ser a área em que, com frequência, ocorrem excessos. A família detém extrema importância na formação da personalidade de cada um e dos seus ideais de boa-fé, solidariedade, responsabilidade e confiança, portanto, todo exercício, pelo seu titular, de um direito subjetivo fora de seus limites deverá ser punido na medida da gravidade do abuso cometido. Visa-se, assim, coibir atitudes desleais e antiéticas nas relações de família. A metodologia que será aplicada na pesquisa é a hipotético-dedutiva e a pesquisa será essencialmente bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Abuso do direito, Família, Responsabilidade

**Abstract/Resumen/Résumé**

The application of the theory of the abuse of law finds a fertile field in Family Law, since it is the area where excesses often occur. The family is extremely important in the formation of the personality and its ideals in good faith, solidarity, responsibility and trust, so any exercise by the holder of a subjective right beyond its limits should be punished in seriousness of the abuse committed. It is therefore intended to curb unfair attitudes in family relationships. The methodology that will be applied in the research is hypothetico-deductive and the research will be essentially bibliographical and documentary.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Abuse of law, Family, Responsibility

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito de Família mostra-se como a seara mais propícia para aplicação da teoria do abuso do direito, pois envolve questões íntimas e carregadas de valores afetivos, em que os excessos são costumeiramente cometidos; ademais, o limite nessas situações é muito tênue, difícil de ser percebido e de não ser extrapolado.

O combate ao abuso de direito nas relações familiares, que prestigia a honestidade, lealdade e confiança que deve existir entre os pares, amolda-se aos novos contornos dos institutos familiaristas e impõe um conteúdo direcionado à prevalência de valores mais éticos, humanitários e sociais, em consonância com os valores constitucionais.

Objetiva-se perquirir sobre a funcionalidade dos institutos de Direito de Família, mediante análise da aplicação da teoria do abuso do direito. Como se está diante de um sistema aberto de valores, no qual os princípios possuem induvidosa força normativa, o intuito é sintonizar as normas familiaristas com o tom garantista da Constituição Federal brasileira e, então, verificar em quais situações denota haver a necessidade da intervenção estatal para evitar a ocorrência do abuso do direito e, por fim, tratar da sua punição.

Analisa-se, assim, as modalidades específicas de atos abusivos, proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), *supressio e surrectio*, *tu quoque*, adimplemento substancial, *duty to mitigate the loss* (o dever do credor de mitigar as próprias perdas) e violação positiva do contrato.

Desse modo, o presente trabalho tem como desiderato fomentar o debate jurídico da aplicação da teoria do abuso do direito nas relações de família, uma vez observado que a doutrina não explora o tema, a despeito de ser frequente sua ocorrência no meio social.

A metodologia que será aplicada na pesquisa é a hipotético-dedutiva, pois planeja-se a partir do estudo das modalidades de abuso do direito, compreender em que medida se pode aplica-lo na seara familiarista. Ainda, a pesquisa será essencialmente bibliográfica e documental.

## 2. A PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM) E A SUPRESSIO E SURRECTIO*

A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, determinada expectativa. É a consagração do princípio de que ninguém pode se opor a fato a que deu causa. (FARIAS, ROSENVALD, 2012)

Não obstante a proibição de comportamento contraditório não ter sido contemplada expressamente no ordenamento jurídico, percebe-se que é consectária da repressão do abuso de direito e surge da violação ao princípio da confiança, decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (art. 422 do CC).

Nessa esteira, manifesta-se o Enunciado nº 362 da Jornada de Direito Civil: "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. ".

É indubitável que o fundamento da vedação do comportamento contraditório encontra-se na tutela da confiança. Mas também é possível encontrá-lo no princípio da solidariedade social, pois esse dever impõe respeito e consideração aos interesses de terceiros, impedindo comportamentos egoísticos.

Marcelo Dickstein (1995, p. 100), ao tratar do risco de "superutilização" do instituto, diante do seu poder de sedução dos operadores do direito, recorre a Anderson Schreiber para expor o que se segue:

> "[...] é preciso estar consciente dos riscos da 'superutilização' do princípio da boa-fé objetiva, com a invocação desnecessária e meramente decorativa, que só serve para descaracterizar a cláusula geral, diluindo-a em meio a outros institutos melhor e diretamente aplicáveis. Para evitar esse efeito, de todo indesejável, o autor afirma ser essencial que se delimite dogmaticamente o âmbito de incidência do *Nemo potest venire contra factum proprium*, identificando quatro pressupostos que condicionam sua aplicação: (i) uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo da conduta; (iii) um comportamento contraditório em relação à conduta inicial; (iv) um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição. Uma vez delimitada, todavia, a proibição do comportamento contraditório, simbolizando a tutela da confiança e lealdade recíprocas entre os contratantes (e não só, haja vista a incidência para além do domínio das relações contratuais), reduz-se a incerteza e insegurança que caracterizam as sociedades atuais. "

Extraem-se, portanto, quatro pressupostos de aplicabilidade da teoria do *venire contra factum proprium*: a) uma conduta inicial; b) a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial; c) um comportamento contraditório em relação à conduta inicial; d) um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição.

Sobre os referidos pressupostos, Thiago Luís Santos Sombra (2008, p. 323) comenta o que segue:

> "O primeiro pressuposto de invocação da teoria dos atos próprios é a existência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, ambos lícitos e diferidos no tempo e, o primeiro deles, deve ser identificado como *factum proprium.* [...]
>
> Não se olvide, portanto, que o *factum proprium* é, em sua essência, uma conduta não-vinculante, que se torna vinculante à medida que desperta em outrem a legítima confiança e, por conseguinte, sujeita o comportamento anterior ao *venire contra factum proprium.* [...]
>
> Desse modo, é possível identificar o *venire contra factum proprium* em duas hipóteses genéricas: i) quando uma pessoa manifeste a intenção de não praticar determinado ato e, em seguida, o pratique; e quando uma pessoa declare sua intenção de praticar de certo ato e, depois, se recuse.
>
> A conduta contraditória necessária ao exercício do *venire contra factum proprium* compreende distintas nuanças: por um lado, envolve a emissão de um novo ato; por outro, este ato corporifica uma pretensão ao exercício de um direito subjetivo. Em outro contexto, ou seja, abstraída a circunstância do primeiro comportamento, a segunda pretensão invariavelmente seria lícita; essa apenas se torna ilegítima em face de uma conduta anteriormente manifestada. "

Diante do caso concreto, segundo Humberto Theodoro Júnior (2009, p.165), o juiz deverá solucionar a questão da seguinte maneira: "(...) levando em conta a que primeiro foi manifestada, porque, na relação com a outra parte do negócio jurídico, ela assumiu força vinculante. Do contrário, prevaleceria a deslealdade, (...)".

No âmbito familiarista, objeto do presente trabalho, a teoria do *venire contra factum proprium* é largamente empregada, consoante exemplos que serão apresentados.

Em harmonia absoluta com a proibição de abuso do direito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou o pedido de indenização de companheira contaminada culposamente pelo vírus do HIV de seu parceiro. Isso porque, restou inequívoca a ciência de ambos, desde 2001, sobre a doença, bem como pelo fato de ter a união estável perdurado por mais quatro anos após o conhecimento desta.

Considerou-se caso de adoção do princípio do *venire contra factum proprium*, porque a manutenção da união após a quebra da lealdade é manifestamente contrária ao pleito indenizatório, por ser incoerente; ademais, em face da continuidade da relação, deu-se a impressão de que a companheira havia perdoado o parceiro, o que gerou a expectativa de que ela não mais buscaria seu direito à indenização moral. Veja-se a ementa[1]:

> "EMBARGOS INFRINGENTES. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. RECONVENÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONVINDO QUE CONTAMINOU A RECONVINTE COM O VÍRUS *HIV* SABENDO SER PORTADOR DA DOENÇA. O companheiro que sabe ser portador de doença sexualmente transmissível ainda incurável e causadora de diversas desordens no organismo infectado e, mesmo assim, pratica sexo sem prevenção, pratica ato ilícito. DANO MORAL. PEDIDO INDENIZATÓRIO. Ainda que praticada conduta ilícita com comprovação de dano moral e nexo de causalidade, aquele que pretende indenização não pode atuar de forma manifestamente contrária ao seu direito. No caso dos autos, a reconvinte continuou a união estável após a ciência inequívoca da conduta ilícita do companheiro por mais 04 (quatro) anos. Assim, aplicam-se os Princípios da *venire contra factum* e da *supressio* à pretensão da embargante. " (TJRS, 4º Grupo Cível, Embargos Infringentes nº 70049383375, Comarca de Alvorada, Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 10.08.2012.)

Sob outro ângulo, mas ainda no contexto dessa temática, ao cônjuge que descobre, logo após o casamento, algum fato grave que desabone a honra e a boa fama de seu consorte lhe é facultado o direito de requerer a anulação do casamento, nos termos do art. 1.557 do CC. Se, no entanto, prosseguir coabitando com o cônjuge, mesmo após a descoberta do fato, não poderá, posteriormente, ajuizar ação de anulação, pois a continuidade da vida afetiva cria no outro a justa e legítima expectativa de que foi perdoado, consubstanciado o abuso no *venire contra factum proprium.*

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu, ainda, a utilização da proibição do comportamento contraditório para julgar improcedente uma ação anulatória sob alegação de invalidade de empréstimos contraídos por quem já era interditado.

Apesar da obrigatoriedade de, a partir da interdição do autor, os atos da vida civil terem a anuência da curadora para validade, ela tinha o dever de comunicar ao Banco a interdição do marido quando teve conhecimento da primeira contratação, o que não

---

[1] Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=EMBARGOS+INFRINGENTES.+DISSOLU%C7%C3O+DE+UNI%C3O+EST%C1VEL.+RECONVEN%C7%C3O.+INDENIZA%C7%C3O+POR+DANOS+MORAIS.+RECONVINDO+QUE+CONTAMINOU+A+RECONVINTE+COM+O+V%CDRUS+HIV+SABENDO+SER+PORTADOR+DA+DOEN%C7A&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 25 mar. 2018.

ocorreu. Se não bastasse, foram vários os contratos efetivados no período da interdição sem insurgência da curadora, que, ainda, adimpliu-os adequadamente mesmo de forma parcial. A ementa[2] do julgado deu-se nos seguintes termos:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. NEGÓCIO JURÍDICO. INCAPAZ. CURATELA.
>
> A existência dos negócios efetivados por absolutamente incapaz devem ser considerados nulos, com base no disposto no art. 166 do CC.
>
> Estando o vício da nulidade a afetar a existência do próprio negócio jurídico, os efeitos produzidos são *ex tunc*, ou seja como se nunca tivesse ocorrido.
>
> Por outro lado, tinha a curadora o dever de comunicar ao Banco a interdição de seu marido quando teve conhecimento da primeira contratação. Isso não ocorreu.
>
> Incide, na espécie, a lei civil, que autoriza a apreciação da questão com base na boa-fé objetiva, princípio inserido no novo Código Civil (art. 422).
>
> O contratante pressupõe a boa-fé do outro e firma um pacto que esteja de acordo com o princípio da justiça contratual, observando o ordenamento jurídico pátrio onde vige o princípio que veda o *venire contra factum proprium* (comportamento contraditório), na medida em que este viola o princípio da boa-fé objetiva.
>
> É preciso dar adequada solução à lide, sob pena de possibilitar o enriquecimento injustificado do autor, em ofensa ao art. 884 do Código Civil.
>
> Sucumbência redimensionada.
>
> DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME." (TJRS, 20ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70042914945, Comarca de Porto Alegre, Rel. Rubem Duarte, j. 12.04.2012)

No exemplo colacionado restou claro que a curadora, ao não comunicar o Banco da condição de incapaz do marido e, ainda, quitar alguns dos empréstimos, fez surgir, para a outra parte, a expectativa de que estava tudo certo; dessa forma, a inesperada mudança de comportamento (alegação de nulidade dos empréstimos), contradizendo condutas anteriores (o silêncio sobre a interdição e a quitação de alguns dos empréstimos), deve mesmo ser rechaçada pelo Judiciário, que foi feliz ao aplicar a teoria da vedação do comportamento contraditório.

No Brasil há uma prática disseminada – daí o nome eleito pela jurisprudência, Adoção à Brasileira – de o companheiro de uma mulher perfilhar o filho dela, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente, mesmo sabendo não ser. Em muitos casos, rompido o vínculo afetivo dos genitores e findo o convívio com o filho, o pai busca a desconstituição do registro por meio de ação anulatória ou negatória

[2] Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/55256209/stj-07-06-2013-pg-2436>. Acesso em: 25 set. 2018.

de paternidade. A jurisprudência passou a não admitir a anulação do registro de nascimento, considerando-o irreversível. (DIAS, 2016)

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 335) comenta a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é impossível discutir existência de vício de consentimento, quando o pai suspeitava não ser e ainda assim registrou a criança como sendo sua:

> "Em decisão unânime, o Superior Tribunal de Justiça não admitiu ação negatória de paternidade pra sanar dúvida sobre o vínculo biológico entre pai e filho, ressaltando que o ajuizar dessa espécie de ação 'com o intuito de dissipar dúvida sobre a existência de vínculo biológico, restando inequívoco nos autos, conforme demonstrado no acórdão impugnado, que o pai sempre suspeitou a respeito da ausência de tal identidade e, mesmo assim, registrou, de forma voluntária e consciente, a criança como sua filha, coloca por terra qualquer possibilidade de ser alegar a existência de vício de consentimento, o que indiscutivelmente acarreta a carência da ação, sendo irreprochável a extinção do processo, sem resolução do mérito. Se a causa de pedir da negatória de paternidade repousa em mera dúvida acerca do vínculo biológico, extingue-se o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por carência da ação. Interesse maior da criança'."

O doutrinador (Ibidem, p. 336) colaciona outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que evidencia a importância da consolidação da filiação socioafetiva na Adoção à Brasileira, o que também é argumento para indeferir a negatória de paternidade, conforme a seguir:

> "Igualmente assentou a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de ação negatória de paternidade cumulada com retificação do registro civil, que, 'se o genitor, após um grande lapso temporal entre o nascimento do filho e o reconhecimento da paternidade, entendeu por bem reconhecer a paternidade, esse ato é irrevogável e irretratável, pois deve prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica'. No caso, por remanescer dúvidas quanto à paternidade, o pai havia feito um exame de DNA, que revelou não ser ele o pai biológico."

Desse modo, o pai que assume, como filho, criança que sabe não ser, não pode posteriormente requerer a desconstituição do registro, pois abusa do seu direito uma vez que, com base no seu comportamento, de assumi-lo, criou no filho essa expectativa, concretizando uma situação. Reconhece-se que lhe é vedada a inesperada mudança de comportamento.

A *supressio* e a *surrectio*, derivadas do sistema jurídico alemão, igualmente, são modalidades de abuso do direito passíveis de serem empregadas ao Direito de Família.

A *supressio* é o fenômeno da inadmissibilidade do exercício de um direito, por seu retardamento, porque fez surgir para outra pessoa uma expectativa de que não mais seria exercido. A *surrectio*, em sentido inverso, é o fenômeno que faz nascer um direito, que antes não existia, pelo seu exercício voluntário, reiterado e continuado, gerando essa expectativa para a outra parte.

A doutrina afirma que *supressio* e *surrectio* são dois lados da mesma moeda, pois, quando uma das partes se vê impedida de exercer determinada pretensão, surge para o outro um direito subjetivo. (DICKSTEIN, 1995)

Com maestria, Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 692) apresentam o conceito de *supressio* e *surrectio*, bem como a diferença entre ambas e o *venire contra factum proprium*:

> "Pois bem, diante dessas considerações, é possível dizer que *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. [...]
>
> Aproxima-se 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. "

A *surrectio e* a *supressio*, igualmente ao *venire contra factum proprium*, decorrem do princípio da confiança. Na *supressio* faz-se nascer, pela inatividade, a expectativa de que nunca será exercitado o direito, enquanto na *surrectio* o exercício continuado de uma situação jurídica cria um novo direito, que perpetua sua admissibilidade para o futuro.

Destarte, é a proeminência do tempo que diferencia a *supressio* e a *surrectio* do *venire contra factum proprium*. A existência de lapso temporal significativo é fundamental para a configuração da *supressio* e da *surrectio*, enquanto o *venire* se concentra essencialmente na sucessão de condutas, ainda que entre elas não haja um tempo longo ou considerado relevante. (FRAZÃO, 2010)

A *supressio* também guarda semelhanças com o instituto da prescrição; ambos têm como critério o transcurso do tempo e a inércia do titular de um direito subjetivo, contudo, na *supressio* verifica-se a perda de eficácia de um direito. A prescrição, por seu turno, refere-se à perda da própria pretensão. Ademais, enquanto a prescrição subordina a pretensão apenas à fluência do prazo, a *supressio* depende da constatação de que o comportamento da parte não era mais aceitável, segundo o princípio da boa-fé. (GAGLIANO, PAMPLONA, 2010)

No tocante ao lapso temporal, requisito fundamental para ocorrência das figuras de abuso do direito em questão, Ana de Oliveira Frazão (2010, p. 36) assevera que ele é visto com cautela pela jurisprudência:

> "[...] normalmente faz referência ao tempo longo ou considerado suficiente para que haja a limitação ao exercício do direito. Muitos dos casos que serão apresentados em seguida diz respeito a situações que perduraram por períodos de tempo expressivos, superiores a 15 anos. Apesar da grande variedade de casos e da impossibilidade de definições apriorísticas, o exame do fator temporal está normalmente associado à criação de situação de confiança para a parte contrária ou à falta de razoabilidade da inércia do titular do direito. "

Ambos os institutos mencionados têm reconhecida incidência em situações jurídicas atinentes aos alimentos. A *supressio* pode-se caracterizar quando o credor de alimentos se mantém inerte por longo período de tempo, sem cobrá-lo. Com essa inércia do credor, o próprio direito material aos alimentos deixa de existir, em razão de seu comportamento continuado e reiterado, que fez nascer no devedor a expectativa de que não mais seria chamado para prestar auxílio financeiro.

Para exemplificar, reproduz-se a seguir julgado do pátrio[3]:

> "APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO 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 Código Civil. Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 20 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa – no devedor e na efetividade social – de que não haveria mais pagamento e

[3] Também exemplificam esse entendimento os seguintes julgamentos do TJRS: 70029964228, 70024263758 e 70024542391.

> cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente 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. No caso, a exequente/embargada – por longos 24 anos – não recebeu alimentos do seu falecido pai e sequer buscou cobrar o débito. Caso em que deve ser mantida a sentença que extinguiu a execução, em razão da perda da eficácia do título de alimentos executado." (TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70033073628, Comarca de São Leopoldo, Rel. Rui Portanova, j. 03.12.2009)[4]

Em sentido contrário, alguém que não tem obrigação de prestar alimentos, por ter sido exonerado judicialmente desse dever ou porque o credor renunciou ao direito, mas por conta própria decide prestá-lo, reiterada e sistematicamente, cria no beneficiário uma expectativa. Essa expectativa é protegida pela ordem jurídica, por meio da *surrectio*, que faz nascer um novo direito.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.143.762/SP[5], a Ministra Nancy Andrighi comenta sobre essa possibilidade:

> "[...] A *surrectio*, finalmente, consubstancia a possibilidade de surgimento de um dever contratual originalmente não previsto no instrumento, pelo comportamento reiterado das partes no sentido da assunção desse dever.
>
> Para a hipótese dos autos assume importância – sempre se analisando a matéria, frise-se, em 'status assertionis' – o instituto da *surrectio*. Se efetivamente comprovado pela autora que, não obstante sua renúncia aos alimentos manifestada em escritura pública, seu ex-companheiro tenha decidido assumir, por vontade própria, reiteradamente, a obrigação de lhe prestar alimentos em valor fixo por longo período de tempo, gerando-lhe a expectativa de que tal postura implicaria uma *desistência* quanto ao efeito liberatório decorrente da renúncia anterior, seria possível, *ao menos em princípio,* ponderar que esse dever, originariamente não previsto no acordo de dissolução da união estável, tenha sido gerado num ambiente de boa-fé objetiva pós-contratual."

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[6] tem decidido da mesma forma, utilizando a teoria da *surrectio* para criar a obrigação alimentar, onde antes não existia[7]:

---

[4] Disponível em: <http://www.centraljuridica.com/juris/6304/apelacoes_civeis_acao_de_alimentos_ausencia_de_relacao_obrigacional_pelo.html>. Acesso em: 23 mar. 2018.

[5] Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/61871125/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-i-19-11-2013-pg-1740>. Acesso em: 2 dez. 2018.

[6] Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=O+apelado%2C+mesmo+com+decis%E3o+judicial+favor%E1vel+a+desoner%E1-lo+da+&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 20 mar. 2018.

[7] Nesse sentido, ainda, os seguintes julgamentos do TJRS: 70011362936, 70011961133 e 70009037631.

> "[...] 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*. Assim, o feito comporta julgamento de mérito, com o exame do trinômio alimentar (necessidade, possibilidade e proporcionalidade)." (TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70009037631, Rel. Rui Portanova, j. 12.08.2004)

A *surrectio* expressa, pois, a circunstância do surgimento de um direito, em decorrência da repetição sistemática, constante e continuada de determinado comportamento, que cria um direito não existente antes, mas que já estava consubstanciado em uma realidade fática.

Verifica-se que ambos os institutos atuam na preservação da confiança alheia, garantindo a efetivação da expectativa gerada com o comportamento da outra parte, a fim de se afiançar a coerência e lealdade que devem existir nas relações de família e, ainda, atuam como um verdadeiro mecanismo de implementação de justiça.

## 3. *TU QUOQUE*

*Tu quoque, Brutus, fili mi!* – expressão consagrada por Julio César, ao constatar a traição de seu filho Brutus, dá nome a esse outro desdobramento do princípio da boa-fé objetiva, o Tu Quoque. A aplicação do *tu quoque* pode ser verificada em situações em que um comportamento, ao romper com o valor da confiança, surpreende uma das partes da relação negocial, colocando-a em situação de injusta desvantagem. (GAGLIANO, PAMPLONA, 2010)

Pode-se afirmar que essa figura tem fundamento na conhecida regra de ouro da tradição ética: "não faça aos outros aquilo que não quer que lhe façam", portanto, quem não cumpre com seus deveres, também não pode exigir os seus direitos com base na norma violada, sob pena de abuso.

Marcelo Dickstein (1985, p.107) conceitua o *tu quoque* desta maneira*:*

> "Esse instituto visa proibir que uma parte invoque em seu favor regra ou cláusula que ela própria já tenha violado anteriormente. Ou seja, pretende-se coibir o comportamento desleal da parte que pretende tirar proveito da violação de uma norma jurídica por ela mesmo infringida modificando a harmonia nas

> relações negociais. É o que se infere das lições de FRANZ WIEACKER, para o qual o instituto do *tu quoque 'impide a la otra parte, especialmente en la defensa, recurrir a normas jurídicas que ella misma no cumplió'*.
>
> *Deve-se compreender, portanto, como a impossibilidade de a parte que inadimpliu uma obrigação negocial ou legal, posteriormente, alegue o inadimplemento da outra para por fim ao vínculo negocial ou obter indenização. O seu efeito primordial é impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal*". (grifo do original)

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 120) ilustram essa modalidade de abuso do direito com dois casos:

> "Um bom exemplo é a previsão do art. 180, CC-02 (art. 155, CC-16), que estabelece que o "menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.
>
> Outro bom exemplo desse desdobramento do princípio da boa-fé objetiva reside no instituto do *execptio non adimpleti contratus*. Se a parte não executou a sua prestação no contrato sinalagmático, não poderá exigir da outra parte a contraprestação."

Cumpre notar que o instituto do *tu quoque* possui pontos em comum com o *venire contra factum proprium*, na medida em que ambos pretendem evitar comportamentos incoerentes e contraditórios, que afetem a confiança despertada na outra parte com que se relaciona.

Contudo, no *tu quoque* a intenção do agente é mais desleal e maliciosa, tanto é que as condutas isoladas são ilícitas, ao contrário do que ocorre no *venire*, em que as condutas são tidas como lícitas, surgindo a ilicitude no momento em que se confronta a conduta anterior com a posterior.

Thiago Luís Santos Sombra (2008, p. 318) corrobora esse entendimento ao dissertar:

> "Em ambos os institutos, ou seja, no *tu quoque* e no *venire contra factum proprium*, existe um fator notadamente semelhante, o qual é identificado pela contradição manifestada em determinada conduta. A diferença peculiar ao *tu quoque*, no entanto, pode ser associada à circunstância de coibir a coexistência de critérios valorativos distintos para situações objetivamente semelhantes. Em outras palavras, a repulsa à lealdade e a malícia parecem avultar mais incisivas no *tu quoque* que no *venire contra factum proprium*."

Conclui-se que o *tu quoque* age simultaneamente sobre os princípios da boa-fé objetiva e da justiça contratual, pois pretende não só evitar que o contratante faltoso se beneficie de sua própria falta como também resguardar o equilíbrio entre as prestações. (FARIAS, ROSENVALD, 2012)

No Direito de Família, vislumbra-se o cumprimento do *tu quoque* na situação do cônjuge infiel que, contudo, foi perdoado. Tempos depois, ao ser vítima de adultério, resolve ajuizar ação reivindicando danos morais. Ora, como ele poderá exigir os seus direitos, se ele mesmo não cumpriu com os seus deveres? Sua ação deveria, com efeito, ser julgada improcedente.

Pode-se verificar a funcionalidade do *tu quoque*, ainda, na hipótese de um pai, que nunca pagou alimentos ao filho, abandonou-o e violou a obrigação legal de assistência moral e material, vir posteriormente cobrar o filho a esse título na velhice. A exemplo do caso anterior, sua pretensão seria indevida e injustificada.

Esse foi o entendimento exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme ementa[8] a seguir:

> "ALIMENTOS. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. É descabido o pedido de alimentos, com fundamento no dever de solidariedade, pelo genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam em fase precoce do seu desenvolvimento. Negado provimento ao apelo." (TJRS – AC nº 70013502331, Rela. Desa. Maria Berenice Dias, Data: 15/02/06).

A decisão colacionada exemplifica nítida situação de abuso do direito, uma vez que, conforme demonstrou, esse dever é uma via de mão dupla, ou seja, "merecer solidariedade implica também ser solidário". (GONÇALVES, 2012)

## 4. O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Do inadimplemento da obrigação contratual decorre a possibilidade de resolução do contrato pelo credor (art. 475 do CC), tendo a doutrina clássica jamais discutido a possibilidade de imposição de limites ao exercício desse direito potestativo.

[8] Disponível em: <www.mariaberenice.com.br/uploads/70013502331.doc>. Acesso em: 25 mar. 2018.

Passou-se, todavia, a ponderar que todo direito só pode ser exercido nos limites da sua função social.

Nesse sentido, a tese do inadimplemento mínimo ou adimplemento substancial é uma das formas de controle da boa-fé sobre a atuação de direitos subjetivos, porquanto se apresenta abusivo à resolução do contrato, porque a outra parte descumpriu minimamente as suas obrigações.

Esse entendimento foi cristalizado pelo Enunciado nº 361 da Jornada de Direito Civil: “O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.”.

Questiona-se, consequentemente, a faculdade do exercício do direito potestativo à resolução contratual pelo credor, quando tiver havido o cumprimento substancial de parcela do contrato pelo devedor, que não tenha suportado adimplir apenas uma pequena parte da obrigação, ou seja, quando o credor tiver alcançado um adimplemento próximo do resultado ideal.

O desfazimento do contrato pode impor um sacrifício excessivo a uma das partes; a opção de manter o contrato, ao contrário, vai ao encontro do princípio constitucional da proporcionalidade, é razoável e sensata, e cumpre com o ideal de Justiça.

No Direito Contratual, a observância da teoria do adimplemento substancial tem como objetivo impedir a resolução do contrato, restando ao credor a opção de procurar uma tutela adequada à percepção da parcela faltante.

Já no Direito de Família, tem sido utilizada na execução de alimentos, a fim de obstar a prisão civil do devedor, ou até mesmo para fundamentar a extinção da ação executiva, quando evidenciado que o devedor não possui bens penhoráveis.

A respeito do adimplemento substancial e a prisão civil do devedor de alimentos, Andeirson da Matta Barbosa (2010) afirma que a recepção da teoria do adimplemento substancial em sede de execução de alimentos está em perfeita sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana e terá o condão de privar o devedor de

alimentos do cerceamento de sua liberdade em face de dívida ínfima, ademais, que também atenderá aos reclamos da razoável duração do processo.

Os tribunais pátrios têm entendido nessa direção. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *v.g.*, decidiu pela impossibilidade de prisão do devedor de alimentos em razão do adimplemento substancial, porque, no caso dos autos, os valores cobrados eram de duvidosa exigibilidade, por se referirem a percentual incidente sobre vale-refeição e vale-transporte. A Corte salientou que, ademais, acaso os valores fossem devidos, não se vislumbrava o inadimplemento voluntário pelo alimentante, uma vez que o pensionamento era descontado em folha de pagamento. Veja-se a ementa[9]:

> "HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA.
>
> Descabida a execução sob pena de prisão quando a parte exequente quer cobrar valores de duvidosa exigibilidade, como os resultantes da incidência do percentual alimentar sobre vale-refeição e vale-transporte.
>
> Ademais, acaso devidos os valores cobrados, não se vislumbra inadimplemento voluntário por parte do alimentante, uma vez que o pensionamento está sendo descontado diretamente em folha-de-pagamento.
>
> Logo, se valor a menor foi pago, a responsabilidade por isso é do empregador do alimentante, que efetuou o cálculo do percentual e implementou o desconto.
>
> De resto, a circunstância de ter havido adimplemento substancial, no caso, serve para afastar a possibilidade de execução sob pena de prisão.
>
> CONCEDERAM A ORDEM." (TJRS, 8ª Câmara Cível, Habeas Corpus 70030498760, Rel. Rui Portanova, j. 16.07.2009)

No exemplo colacionado a seguir, o Tribunal de Justiça de São Paulo também decidiu pela negativa da prisão do devedor de alimentos em face do adimplemento substancial, que ocorreu por meio de compensação de valores anteriormente adiantados (pagamento de despesas de moradia e saúde) e ordenou que a demanda prosseguisse pelo rito comum (menos gravosa ao devedor). Reproduz-se a ementa[10]:

> "Ação de execução de alimentos – Rito especial, nos termos do artigo 733, do Código de Processo Civil – Extinção – Inconformismo – Desacolhimento – Adiantamento dos alimentos provisórios com o pagamento de despesas com moradia e saúde – Compensação de valores – Adimplemento substancial da obrigação que afasta a via eleita – Sentença mantida – Recurso desprovido."

[9] Disponível em: <http://br.vlex.com/vid/-61317439>. Acesso em: 23 mar. 2018.
[10] Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3342622/apelacao-com-revisao-cr-5590964300-sp>. Acesso em: 23 mar. 2018.

> (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Apelação Civil com revisão 589.903-4/2T00, Rel. Grava Brazil, j. 04.11.2008)

Observa-se a evidente correlação do adimplemento substancial com a boa-fé objetiva, e é incontestável que o pedido de prisão civil depois de quitada parcela substancial da dívida alimentícia configura abuso do direito e atenta contra a dignidade do devedor.

## 5. O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* (O DEVER DO CREDOR DE MITIGAR AS PRÓPRIAS PERDAS) E A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Outra modalidade específica do abuso do direito é o *duty to mitigate the loss* (o dever do credor de mitigar as próprias perdas), que tem induvidosa utilidade nas relações de família.

O *duty to mitigate the loss* deriva da boa-fé objetiva – mais especificamente dos deveres anexos de cooperação e lealdade –, que impõe ao credor atuar para não agravar a situação do devedor. Se o credor se comporta de maneira excessiva, comprometendo e agravando a situação jurídica do devedor, estará caracterizado o abuso do direito.

Nesse compasso, o Enunciado nº 169 da Jornada de Direito Civil preconiza que: "o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo".

No que tange às consequências jurídicas desse instituto, Daniel Pires Novais Dias (2011, p. 127) adverte que, em caso de cumprimento desse encargo, a parte tem direito a pedir reembolso pelos gastos razoáveis despendidos; já se no de descumprimento, a vítima perderá, total ou parcialmente, o direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado ou ao menos minimizado. O doutrinador assim fundamenta seu entendimento:

> "A determinação da medida em que se dará essa perda do direito à indenização decorre do critério previsto em lei: no caso de perdas e danos decorrentes de inadimplemento obrigacional a perda será integral, em função da aplicação dos arts. 402 e 403 do CC/2002; e no caso de dano extracontratual, em se tratando de culpa concorrente e não exclusiva da vítima, o que em regra ocorrerá, mormente quando o descumprimento do encargo se der por conduta omissiva da vítima, a perda do direito à indenização será apenas parcial, pois ainda fará

> ela jus a indenização, que será fixada com base no confronto da gravidade da sua culpa com a do autor do dano, nos termos do art. 945 do CC/2002."

Desse modo, a vítima, em face do dano experimentado, encontra-se adstrita a adotar medidas tendentes a minimizar o próprio prejuízo, sob pena de ter sua indenização reduzida em proporção equivalente ao montante de danos que poderiam ter sido evitados.

Por outro norte, a violação positiva de contrato, igualmente uma modalidade de abuso do direito, admissível em todo modo de inexecução de contrato, nos mais diversos campos da ciência jurídica, também é aplicável nas relações negociais de família.

A lesão aos deveres genéricos de proteção, informação e cooperação traduz-se na violação positiva do contrato. Jorge Cesa Ferreira da Silva, citado por Guilherme Calmon Nogueira Gama (2001, p. 137), conceitua a violação positiva do contrato, nestes termos: "no Direito Brasileiro, corresponde ao inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação".

Nas palavras certeiras de Eduardo Righi (2008, p. 140), fica fácil diferenciar o inadimplemento absoluto da violação positiva do contrato:

> "[...] diante de um caso concreto, deve-se observar qual o dever inadimplido. Se o descumprimento disser respeito a dever diretamente relacionado com a obrigação nuclear será caso de inadimplemento ou de mora, se porventura ainda haja interesse na prestação. Caso a infração verificada, nas circunstâncias fáticas, seja de deveres laterais contratualmente previstos, não propriamente ligados ao objeto da prestação principal, mas que incidam no vínculo obrigacional por decorrência do princípio da boa-fé, estar-se-á diante de hipótese de violação positiva do crédito, que permite ao credor pleitear a resolução do contrato ou opor a exceção de contrato não cumprido."

A respeito da discussão se é necessária a existência de culpa para caracterização da violação positiva do contrato, o Enunciado nº 24, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, esclareceu que, "em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".

A simples verificação de violação de dever lateral já configuraria desrespeito ao princípio da boa-fé, caracterizando, portanto, inadimplemento obrigacional. Diante dessa situação, poderá o credor, com fundamento no referido art. 422, pedir a reparação dos

danos, rejeitar legalmente a prestação ou propor a exceção de contrato não cumprido e, com fundamento no art. 475, pleitear a resolução contratual. (RIGHI, 2008)

## 6. CONCLUSÃO

O estudo das modalidades específicas de atos abusivos – proibição de comportamento contraditório, *supressio, surrectio, tu quoque*, adimplemento substancial, *duty to mitigate the loss* e violação positiva do contrato –, bem como sua aplicação prática, permitiu verificar-se serem abundantes as situações na esfera do Direito de Família em que ocorrem verdadeiramente abusos do direito, e que, embora a doutrina não tenha explorado o abuso na esfera familiar, o tema é farto na jurisprudência.

A ocorrência abundante de situações de abuso do direito nas relações familiares ensejou o enfrentamento da questão pelos tribunais pátrios e a construção jurisprudencial sobre o tema. Viu-se que as medidas para conter a prática do abuso ou para repreender aquele que exerce um direito subjetivo fora de seus limites são tomadas de forma bastante singular e após minuciosa análise do caso concreto.

Em face do exposto, conclui-se que a sanção do abuso do direito nas relações de família não é tomada por uma única medida a ser adotada para todos os casos, mas, ao contrário, existem diversos procedimentos que podem ser adotados, para cada situação em particular, em sede das relações existenciais. Observaram-se medidas aplicadas com mais cautela, no campo das relações patrimoniais – ao tratar de pensões alimentícias –, em que se adotou critério de especial rigidez.

O certo é que, sob o enfoque da boa-fé, solidariedade, responsabilidade e confiança, altera-se a essência da relação jurídica familiar, exigindo dos seus pares uma postura mais ética, essencialmente no tocante ao limite do exercício dos seus direitos subjetivos, o que é digno de aplausos.

A pesquisa demonstrou a necessidade de busca incessante da efetivação das garantias e valores humanistas constitucionais no campo privado da família, em compromisso com o ideal de cidadania. Espera-se, com este trabalho, ter contribuído para fomentar o debate da aplicação da teoria do abuso do direito nas relações de família.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Andeirson da Matta. *A teoria do adimplemento substancial e a prisão civil do devedor de alimentos*. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/452/teoria%20adimplemento_barbosa.pdf?sequence=3>. Acesso em: 23 mar. 2018.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. *Revista de Direito Privado*, ano 12, n. 45, jan.-mar. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DICKSTEIN, Marcelo. As funções da boa-fé objetiva e a proibição de comportamento contraditório. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 1, jun. 1985.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da *supressio. Revista de Direito Privado*, ano 11, n. 44, out.-dez. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: contratos. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *O companheirismo, uma espécie de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. *Revista de Direito Privado*, ano 9, n. 33,, jan.-mar. 2008.

RIGHI, Eduardo; RIGHI, Graziela M. V. Boabaid. A complexidade obrigacional e a violação positiva do contrato no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, v. 104, n. 395, jan./fev. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Contrato – interpretação – princípio da boa-fé – teoria do ato próprio ou da vedação do comportamento contraditório. *Revista de Direito Privado*, ano 10, n. 38, p. 147-175, abr.-jun. 2009.