

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O ABUSO DE DIREITO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Marcos Catalan

Doutorando em Direito Civil na Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professor Convidado nos Cursos de Especialização da Universidade Estadual de Londrina, da Escola Paulista de Direito. Professor de Direito Civil da UNIPAR.

Sumário: 1. Gênese e desenvolvimento de um tema palpitante. 2. A cláusula geral do abuso de direito no Código Civil brasileiro. 3. Pressupostos à caracterização do abuso de direito. 4. A necessidade de funcionalização no exercício das posições jurídicas. 5. A repercussão do tema no Direito de Família. Referências.

1 Gênese e desenvolvimento de um tema palpitante

França, 1855. Da noite para o dia emerge dentro das cercanias de certo imóvel uma imensa chaminé que não libera qualquer rastro de fumaça. Afere-se que fora erigida com o escopo único de cercear a iluminação e a ventilação de janela existente em prédio vizinho. O proprietário deste, inconformado, postula a demolição da falsa chaminé, pretensão esta cumulada com a reparação de danos; demanda contestada pelo proprietário do imóvel sob o argumento de que o direito de propriedade é absoluto. A tese defensiva utilizada no julgamento do processo que se tornou conhecido como caso Doerr, não prevaleceu.

Sessenta anos mais tarde, o Tribunal francês fora novamente provocado para decidir o caso que ficou conhecido como Clément-Bayard versus Coquerel e que foi levado ao Judiciário por conta da construção de hastes de madeira pontiagudas, com dezesseis metros de altura, levantadas às margens de seu imóvel, com o único escopo de impedir que o vizinho pudesse fazer uso de dirigíveis forçando-o a adquirir o prédio ao lado por elevado preço. Neste julgamento, pela primeira vez, foi utilizada a expressão abuso de direito de propriedade, ocasião em que foi garantido o direito do autor, impondo-se a remoção das hastes e a reparação dos prejuízos suportados pelo último.

A partir desses dois julgados, começou-se a indagar, se o titular ativo de certa posição jurídica, por força de lei, tem direitos assegurados, porque seria possível ao mesmo tempo negá-los, mediante a imposição de um não fazer, de um fazer com limites, ou ainda, do dever de indenizar os danos nascidos do abuso de um direito? Qual seria então, o padrão a ser utilizado como parâmetro de análise dos limites impostos ao exercício de direitos assegurados pela ordem jurídica?

Buscando responder a indagação formulada, parece que a construção da teoria que veda o abuso de direito, ou consoante ensina Menezes Cordeiro, da figura que sanciona o exercício inadmissível de posições jurídicas, nasce da análise do modo em que são exercidas inúmeras posições jurídicas asseguradas pelo ordenamento, especialmente porque, a cada dia se constata que um direito não pode ser utilizado como o escopo único de trazer vantagens ou benefícios para seu titular, sem que se vislumbre antecipadamente, os efeitos que venham a ser causados ao parceiro negocial e a terceiros.

Importante lembrar que exigindo inicialmente a intenção de prejudicar, passando pela necessidade de que a conduta fosse culposa, e pautada hodiernamente, pela necessidade de que qualquer ação humana que repercuta na esfera do direito deva ser praticada consoante o fim sócio-econômico, a boa-fé e os bons costumes vigentes na sociedade, especialmente porque um direito assegurado a seu titular sempre deverá ser utilizado de modo a atender o interesse da coletividade diante das premissas extraídas do princípio da solidariedade social, a construção da teoria do abuso de direito acaba por se alinhar à reconstrução de um direito privado que não se confunde com um direito dos particulares.

A evolução do tema é notável e merece aplauso, entretanto, nem por isso o estudo da matéria pode ser abandonado, eis que ainda há muito a ser feito até que se tenha um sistema que seja ao mesmo tempo coerente e justo.

Enfim, fato é que a recepção do abuso de direito acaba por consagrar a idéia de que o sistema impõe limites que sancionam “atitudes egoístas e anti-sociais do titular do direito” que ao exercê-lo, deixa de observar, por exemplo, sua função social, pois, de fato, como quer Lucas Abreu Barroso, não se permite mais ao jurista analisar os institutos jurídicos exclusivamente sob um viés científico voltado à estruturação sistêmica de seus elementos constitutivos sem que analise qual será o resultado econômico e a repercussão social que a utilização de um direito provocará.

2 A cláusula geral do abuso de direito no Código Civil brasileiro

A noção de abuso não é jurídica, estando ligada em sua essência à idéia de excesso, ou seja, àquilo que ultrapassa a normalidade das coisas, que vai além do naturalmente esperado. Como quer José de Oliveira Ascensão, o termo abuso leva a uma espécie de reprovabilidade, podendo, a partir daí, concluir-se que como o direito se justifica em razão de sua finalidade, sempre estará acompanhado de ao menos um dever: o de perseguir a harmonia das relações humanas, e assim, a violação desta premissa deve ser valorada como abuso.

À luz deste raciocínio, muito antes da positivação da matéria em solo pátrio, afirme-se, ignorada pelo Código Civil de 1916, surgem diversas tentativas de conceituação da figura estudada, dentre elas, merecendo destaque a lição de Georges Ripert, para quem abusar do direito significa “cobrir com a aparência do direito o ato que era um dever não realizar, ou pelo menos, que não era possível realizar senão indenizando aqueles que eram lesados por este ato.”

De modo mais objetivo, Luiz Guilherme Loureiro salienta que o abuso de direito pode ser definido como “a ação ou omissão que, a partir de um direito subjetivo, viola ou agride um interesse existencial ainda não tutelado por uma norma jurídica expressa”; conceito este que merece crítica, pois primeiro, pode ocorrer que o direito exercido em dissonância com o sistema seja classificado como potestativo, noção que não pode ser confundida com a de direito subjetivo, como lecionam Coutinho de Abreu e Ronnie Preuss Duarte, e além disso, porque o interesse violado pode ter natureza patrimonial sem qualquer reflexo imaterial.

Melhor é entender que o abuso de direito consiste na prática de uma conduta inicialmente permitida expressamente ou pelo menos, não proibida pelo sistema, exercida, entretanto, em desconformidade “com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover”, ou como quer Fernando Noronha, o exercício de um direito com a utilização de caminho que ultrapassa, de maneira gritante, o poder concedido ao seu titular para executá-lo.

Ato contínuo e sem adentrar na polêmica que impera quanto à análise da natureza jurídica do abuso de direito, fato é que o Código Civil de 2002 acabou recepcionando a matéria sob a forma de cláusula geral, rompendo com o sistema de clausura que serviu de modelo às codificações que eclodiram no século XIX e no início do século XX.

Esta técnica legislativa se pauta por criar sistemas abertos, positivando dispositivos legais que não se limitam a ditar a exata conduta a ser observada pelas partes e a sanção específica que há de incidir no caso de inobservância ao padrão de conduta esperado, diplomas legislativos recheados por dispositivos que irão atuar como balizas a dirigir a atividade interpretativa do juiz ao lhe permitir delimitar quais serão os parâmetros para a valoração dos comportamentos observados no mundo do ser e ainda qual será a conseqüência no caso de atribuição de um valor negativo àquele.

O Código Civil vigente, inspirado na construção constitucional rica em modelos abertos, buscou manter o sistema oxigenado por valores meta-jurídicos, o que aliás já não vem sem tempo, considerando-se que os pandectistas germânicos sustentavam as vantagens das cláusulas gerais desde o final do século XIX, já que permitem uma interpretação não matemática do direito, garantindo ainda, vasta sobrevida à codificação.

Parece ser fácil concluir que as cláusulas gerais impedem a proliferação de lacunas nascidas com a evolução social, especialmente porque compostas por expressões que se caracterizam como conceitos indeterminados, possibilitando ao juiz criar o comando normativo a ser observado em cada situação que seja levada a sua apreciação, por conta da necessidade de preencher as molduras previstas no ordenamento.

Resta esclarecer que a técnica legislativa que se utiliza das cláusulas gerais, pretende promover a formulação mais genérica possível que possa dar único tratamento jurídico para toda uma gama de hipóteses semelhantes, contrapondo-se a elaboração casuística que de modo inverso restringe o universo de atuação da norma, caminho eleito diante do reconhecimento de que o direito positivo não pode encerrar a previsão de todos os comportamentos anti-sociais ou indesejados; passo importante em busca de um sistema harmônico e coerente.

Cumprindo enfim reafirmar que a figura do abuso de direito foi incorporada ao Código Civil vigente por meio de uma cláusula geral, salientando-se que isto amplia a responsabilidade do julgador, pois como o abuso de direito não se detecta na abstração normativa, mas sim, da análise das circunstâncias que envolvem a situação fática levada ao judiciário, demandará maior labor e sensibilidade no preenchimento da norma aplicável ao caso concreto.

3 Pressupostos à caracterização do abuso de direito

A delimitação, de modo claro e preciso, dos pressupostos essenciais à caracterização do abuso de direito, é uma tarefa árdua, mas que precisa ser enfrentada diante da multiplicidade de teses que analisam o tema sem alcançar uma solução minimamente razoável.

Saliente-se inicialmente que Humberto Theodoro Junior elenca cinco pressupostos à caracterização do abuso de direito, sendo eles: a) conduta humana; b) a existência de um direito subjetivo; c) o exercício emulativo ou ao menos culposo deste direito; d) a ocorrência de um dano; e, e) ofensa aos bons costumes, à boa-fé, ao fim social ou econômico do direito exercido. Aliás, o mesmo autor afirma que não há dúvida sobre a posição do direito brasileiro sobre esta questão, haja vista que o Código Civil adotou a vertente subjetivista, pois, tratou o abuso de direito como ato ilícito, cuja configuração exige a presença do elemento culpa. Acerca deste último aspecto, no mesmo sentido se dirige a tese sustentada por Rui Stoco.

Em idêntico sentido, Luiz Guilherme Loureiro sustenta que o abuso de direito exige à presença dos seguintes elementos: a) uso ou não uso de um direito garantido pela ordem jurídica; b) violação de uma das premissas eleitas pelo art. 187 do Código Civil; c) dano a um interesse juridicamente protegido; d) que o ato tenha sido praticado com dolo, culpa, ou ao menos, que tenha sido voluntário; e, e) nexos de causalidade entre o comportamento assumido por quem exerça o direito e o dano dele derivado.

Por sua vez, de modo mais conciso, Arnaldo Rizzardo sustenta que são três os elementos necessários à caracterização do abuso de direito: a) o sujeito deve ter assegurado um direito, tenha este fonte na lei ou em um negócio jurídico; b) que o desvio ocorra durante o exercício deste direito; e, c) que sejam ultrapassados, de modo gritante, os limites que balizam a conduta em cada caso específico; frisando que a culpa deverá estar contida em todas as formas de abuso de direito reconhecidas pelo Código Civil.

Em verdade, é importante frisar desde já que todos os autores citados se equivocam ao elencar, dentre os requisitos à configuração do abuso de direito, a necessidade de conduta culposa ou dolosa, bem como da mesma forma incorrem, aqueles que sustentam a necessidade da presença de dano, mormente porque, no primeiro caso, a doutrina mais moderna dispensa o elemento subjetivo no que tange à violação da regra contida no artigo 187 do Código Civil, e no segundo, por que em inúmeras situações o abuso de direito poderá ser invocado para impedir a lesão a direito alheio, como se extrai, por exemplo, do disposto no parágrafo único do artigo 473 do Código Civil.

Orlando Gomes sintetiza a discussão existente, lecionando que os que sustentam a necessidade do elemento subjetivo para o abuso de direito, elegem dois critérios como sua fonte: o intencional, que traz consigo a intenção de prejudicar, e o técnico, que exige o exercício culposo de um direito; enquanto, por outro lado, aqueles que entendem que o elemento subjetivo é prescindível, pautam-se por dois outros critérios: o econômico, que exige que haja um legítimo interesse quando da prática de atos jurídicos; e o teleológico, segundo o qual o comportamento do sujeito que exerce um direito deve pautar-se pela função econômica e social inerente àquele.

Em verdade, muitos autores acabam por englobar em suas teses aspectos de ambas as correntes, o que dificulta ainda mais uma solução coerente que encontre os requisitos necessários à configuração do abuso de direito, como se observa em Fábio Ulhoa Coelho, pois ao afirmar que “exerce abusivamente seu direito quem não observa sua finalidade econômica e social, age de má-fé com a intenção única de prejudicar outras pessoas ou desrespeita os bons costumes”, acaba agregando os elementos teleológico (teoria objetiva) e emulativo (teoria subjetiva) em uma mesma noção.

Fato é que como bem destaca Giselda Hironaka, “a culpa já não ocupa mais, no direito contemporâneo, o lugar de único ou de principal fundamento da responsabilidade civil”, e talvez, à luz desta constatação, muito embora o abuso de direito deva ser visto como figura autônoma e não como mais uma fonte em que irá beber o direito de danos, são inúmeros os autores que a dispensam enquanto pressuposto daquele.

Dentre eles podem ser lembrados Fernando Noronha, José de Oliveira Ascensão, Inácio de Carvalho Neto, Ronnie Preuss Duarte e Henrique Herkenhoff, para quem o excesso deve ser aferido objetivamente, tendo em vista a finalidade social ou econômica da posição jurídica exercida, e que deste modo, explicitamente, acaba por sustentar ser prescindível o elemento subjetivo.

Assim, ao que parece, segundo a corrente que tende a ser majoritária, e independentemente do fator numérico, que aparenta ser a mais coerente quando da leitura do tema a partir dos valores

que têm inspirado a construção do Estado Democrático de Direito, o exercício inadmissível de posições jurídicas no Código Civil pauta-se pelo critério teleológico, e desta feita, a presença de culpa enquanto fator de imputabilidade para a caracterização do abuso de direito deve ser vista como elemento meramente accidental, especialmente porque, não se pode negar que o direito civil contemporâneo não comporta tamanha exigência, e deste modo, a caracterização do abuso dependerá exclusivamente da verificação, no plano do ser, da dissociação entre o exercício da posição jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional.

A posição acima é sem sombra de dúvidas a mais escorreita, tanto que acabou sendo ratificada pelo enunciado 37, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2002, e cujo texto assim dispõe: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

Ultrapassada esta premissa pode ser afirmado então que são pressupostos à caracterização do abuso de direito: a) que haja ação ou omissão imputável ao indivíduo; b) que o comportamento daquele ultrapasse os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva, ou por fim, pelos bons costumes, frisando-se que o dano não é elemento necessário, mas puramente accidental; e, c) que a conduta que ultrapasse os limites acima descritos, no caso concreto, atinja a esfera de direitos de outrem, negativamente.

Os quatro conceitos indeterminados que compõe o artigo 187 do Código Civil merecem, ao menos, rápida análise. Assim, deixar de observar a finalidade social e econômica que envolve a conduta da parte significa desrespeitar duas das primordiais funções do contrato, e porque não, dos demais institutos de direito privado, sendo importante salientar que hodiernamente, a função econômica baseia-se não apenas em uma racionalidade de cunho patrimonial, devendo pautar-se também pela busca da justiça social e pela concretização da “dignidade da pessoa humana”, e que a função social, pauta-se em linhas gerais, pela diretriz que impede que condutas humanas com repercussão jurídica sejam adotadas com o escopo exclusivo de satisfazer às necessidades de quem as exerce, sem que haja preocupação com a utilidade deste ato e as conseqüências que traga à coletividade.

No que pertine à cláusula geral da boa-fé, tem-se que haverá abuso de direito quando da adoção de comportamentos como o venire contra factum proprium, o tu quoque, também conhecido como equity must come in clean hands, a supressio e a surretio, e o incivilter agere, figuras que preenchem a denominada teoria dos atos próprios, e ainda, quando houver desrespeito à confiança depositada por uma das partes na obrigação assumida pela outra.

Enfim, viola a cláusula geral dos bons costumes aquele que deixa de observar os limites de conduta aceitos por uma determinada sociedade em certo momento temporal, vez que o que era um comportamento ontem repudiado pela coletividade, hoje pode ser facilmente aceito, e deste modo, quando se recorre às regras morais em busca da adequada leitura da expressão analisada, não se está a perquerir qual a diretriz mais adequada aos olhos do juiz ou daquele que provocou o Judiciário, mas sim, qual o sentimento predominante no seio social.

4 A necessidade de funcionalização no exercício das posições jurídicas

O abuso de direito se manifesta quando do exercício da autonomia privada, sendo imperioso assim, que esta seja adequadamente compreendida, merecendo destaque a noção dada por Francisco Amaral, para quem aquela consiste no poder dado à pessoa de regular seus interesses pessoais, estabelecendo as normas que visam regulamentar seu próprio comportamento, lembrando ainda o autor que aquela deriva da autonomia da vontade, princípio erigido sobre pilares de ordem filosófica, política e econômica, que podem ser lidos a partir da análise do direito natural; da luta da classe burguesa em ascensão contra o feudalismo, que buscava limitar o poder dos regimes absolutistas; e ainda, do mercantilismo embrionário das economias capitalistas.

Daí ser fácil entender porque o direito privado do século passado esteve amparado em um modelo centrado no patrimônio do indivíduo, até porque, em razão de suas raízes históricas, aquele diploma legislativo tinha como norte a igualdade formal, autorizando, por conseqüência, a tutela de interesses de um indivíduo egoísta, mormente em razão do império de princípios como a pacta sunt servanda.

Atualmente não se pode negar que as codificações inspiradas no individualismo se tornaram obsoletas, ou ao menos, deficientes no que tange à solução de grande parte dos problemas da sociedade, motivando a transformação do negócio jurídico em sua concepção filosófica e fenomenológica, mitigando a amplitude da vontade na sua formação.

Nesse processo de mutação, a intervenção cada vez mais freqüente do Estado na proteção do vulnerável, a valorização da lealdade que deve reger a conduta dos parceiros negociais e o respeito à confiança neles despertada quando do exercício da autonomia privada assumem papel relevante, em especial, quando se passa a promover a leitura do direito privado a partir de um novo centro gravitacional: a Constituição Federal.

A partir daí, não se pode negar que o Código Civil brasileiro, que hoje pulula em eficácia, acabou incorporando regras e princípios que impõe a mudança do foco da preocupação do direito privado: deixar de lado uma postura manifestamente protetiva do patrimônio individual, valorizando sim, o homem enquanto ser, eis que este é o principal foco da ciência do direito.

Então, considerando-se que a temperança no exercício dos mais distintos atos da vida humana não é exigida apenas por conta da incidência de preceitos éticos e morais, devendo, além disto, ser observada por força dos comportamentos exigidos pela ciência do direito, que tem papel fundamental no balizamento da conduta humana, impõe-se ao hermeneuta a busca por novos parâmetros que guiem seu labor.

Daí que o direito moderno não pode conceber que uma posição jurídica, tenha ela gênese no contrato, na paternidade, no casamento, na situação de sócio, de proprietário ou de testador, ou mesmo em um fato jurídico em sentido estrito, seja exercida de modo absoluto, impondo-se ao titular de qualquer direito, seja ele caracterizado como subjetivo, potestativo ou como um poder dever, não apenas a obrigação de respeitar o parceiro negocial e eventuais terceiros atingidos direta ou transversalmente pelo comportamento assumido no plano concreto, mas também, o dever de antever alguma utilidade para o comportamento que irá ser externalizado e que produzirá efeitos potenciais.

A tendência destacada acabou sendo denominada por funcionalização no exercício das posições jurídicas, que tendo origem na diretriz constitucional da solidariedade social, consiste na incorporação de externalidades ao modo de exercer um comportamento valorado pelo direito, e como quer Judith Martins Costa, pode ser aferida em razão de conexões de ordem sistêmica, estrutural e funcional existentes entre “a liberdade de contratar, a função social e o princípio da responsabilidade” e que importam na “re-significação da autonomia privada como poder jurígeno.”

Sobre o assunto, vale lembrar enfim, com Luciano de Camargo Penteado que “a idéia de função, em direito, vincula-se à relação existente entre o exercício de poder e interesses outros que não os do titular do poder, ou ao menos, que não os exclusivos desse titular”, e se dá porque encontra valores superiores àqueles que outrora pertenciam exclusivamente ao detentor de determinada posição jurídica.

5 A repercussão do tema no Direito de Família

Ao que parece, o estudo do direito de família, por séculos, criou uma redoma transparente, mas bastante sólida, em torno dos assuntos a ele correlatos, levando equivocadamente a crer que as relações nascidas nesta seara do direito não guardariam qualquer conexão com “as normas jurídicas que regulavam as demais expressões do comportamento humano”, gerando assim “uma aura de impenetrabilidade” que visava afastar potenciais contatos com os demais institutos do direito privado.

Como se tentará demonstrar esta proteção imaginária se um dia existiu, hoje desabou diante da construção de novas premissas, mormente diante da imposição da leitura constitucional do direito privado e as diretrizes daí derivadas, dentre elas: a valorização do afeto e a responsabilidade oriunda do poder dever que envolve inúmeras situações jurídicas neste ramo do direito privado.

Em verdade, como ocorre nos demais ramos da ciência jurídica, a leitura do direito de família é orientada por princípios fundantes, tais como: o princípio da isonomia, que implica hodiernamente em mais que tratar a todos igualmente, pois impõe que as diferenças devam ser respeitadas; o princípio do melhor interesse da criança, que surge e se desenvolve tendo como foco a proteção do infante vulnerável; o da afetividade, que permite compreender as relações familiares não mais como uma relação de poder e sujeição, mas sim, como um locus permeado pelo afeto onde deve imperar o respeito e o amor, e enfim, talvez inspirando todos os demais, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Enfim, como ensina Maria Berenice Dias, a família e o casamento na atualidade detêm um novo perfil, pois são institutos voltados hoje à realização de interesses “afetivos e existenciais”, possibilitando assim a construção da noção de uma família eudemonista, lastreada na afetividade e não mais em uma relação de poder e sujeição.

A partir desta premissa, não se pode negar que naturalmente surgem mudanças, dentre elas a redistribuição dos poderes outrora atribuídos ao chefe da família, com a valorização da igualdade entre os cônjuges e os companheiros; a divisão eqüitativa de poder e direitos na chefia familiar, e ainda, a ampliação do papel atribuído a cada um dos membros na construção de uma entidade familiar em que todos possam livremente desenvolver suas personalidades em busca de um bem imaterial deveras importante: a felicidade.

Ocorre que com a ampliação de direitos, naturalmente, também aumentam os deveres, e de fato, não se pode negar que o “direito das famílias” hodierno, acaba tendo seu foco de atuação inflado, incorporando, dentre tantas outras questões, a preocupação com eventuais abusos de direito.

De fato, como este ramo direito, “por dizer respeito, invariavelmente, a todos os cidadãos” acaba por se revelar como o recorte da vida privada que mais se sujeita a influxos das mais variadas formas, especialmente porque, quando a análise é promovida em solo tupiniquim, afere-se que se encontra inserido em uma sociedade plural e cujos parâmetros e costumes estão em constante evolução.

A partir do reconhecimento da ampliação do foco de preocupação desta seara do direito, cujas especificidades serão analisadas logo à frente a partir do reconhecimento da existência de relações parentais e de relações conjugais, demonstrar-se-á a possibilidade de aplicação da teoria do abuso de direito também neste campo, salientando-se, desde logo, que como o próprio título deste trabalho sugere, não se promoverá uma análise exaustiva do assunto.

O poder familiar ou poder parental, expressão esta preferida por Eduardo Leite, sintetiza-se no conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com o escopo de proteger e educar seus filhos; prerrogativas estas que devem ser exercidas adequada e moderadamente e que se ultrapassadas, poderão implicar em violação à cláusula geral do abuso de direito, e por conseqüência, serem sancionadas negativamente, especialmente porque, o ser humano e em especial os infantes e adolescentes, são vulneráveis física e psicologicamente. A partir desta afirmação, fato é que inúmeras situações de abuso de direito podem ser detectadas nas relações de parentalidade.

Um primeiro exemplo pode ser visualizado na hipótese dos pais que, preocupados com a formação intelectual e com futuro profissional do filho ainda infante, exigem deste uma carga horária de estudos excessiva, obrigando-o a freqüentar, para além das aulas normais, vários cursos de idiomas ao mesmo tempo e ainda aulas de informática, etc., o que o impossibilita a prática de outras atividades essenciais, como esportes ou lúdicas brincadeiras.

Neste contexto, a partir da constatação de que “os filhos não são propriedade dos pais, ainda que estejam necessariamente sob sua autoridade e custódia”, o poder parental há de balizar-se também pelas necessidades da criança e não apenas pelos parâmetros, ainda que teoricamente nobres, eleitos por seus ascendentes, até porque, nestas hipóteses, não paira qualquer dúvida sobre a aplicação do princípio do melhor interesse da criança ou do best interest of child.

Neste sentido disserta Jones Figueiredo Alves ao destacar que abusa o responsável que assedia moralmente o infante ou faz valer sua autoridade a fim de atingir pretensões egoístas, como no caso de impor ao filho a obrigação de seguir a mesma profissão dos familiares ou de obrigá-lo a escolher a namorada que mais agrade àqueles, e ainda, colacionando exemplos de abuso por omissão, salienta desrespeitar o sistema quem deixa de cuidar adequadamente, não vigia ou não dá ao menor a atenção necessária ao desenvolvimento da personalidade daqueles que tem sob sua responsabilidade.

É importantíssimo destacar com Luiz Edson Fachin, que os pais devem estar atentos às características individuais de cada um dos filhos, não podendo impingir-lhes, irrefletidamente, o mesmo tratamento, justificada em suposto acerto na educação do primogênito. De fato, a incidência do princípio constitucional da isonomia implica no respeito às diferenças, pois a igualdade almejada hoje é a de natureza substancial, ou seja, aquela cuja análise deve ser promovida à luz de cada situação concreta, e não a meramente formal, pautada em critérios abstratos.

Como se observa em todos os casos destacados, não houve violação de quaisquer das regras que visam regulamentar as relações jurídicas familiares positivadas no Código Civil, entretanto, parece não haver dúvida que as condutas destacadas ultrapassam os limites que devem balizar o exercício do poder dever imposto aos pais na criação e educação dos filhos menores e que por conseqüência, se caracterizam como abuso de direito.

Na esfera das relações de parentalidade, parece que inúmeros são os exemplos de aplicação da teoria do abuso de direito, e logicamente, das potenciais sanções derivadas da violação à cláusula geral contida no artigo 187 do Código Civil no âmbito do direito de família,

podendo ser destacados, dentre outros: a proibição imotivada dirigida aos filhos de visita ao pai ou à mãe com quem não reside ou ainda aos avós; ou mesmo a mudança de domicílio da família mononuclear com o exclusivo escopo de dificultar o direito de visitas, até porque este, deve ser lido de modo amplo, por ser verdadeiro direito de convivência, não mais podendo ser vista como uma relação distante e fria, como bem pontua Rodrigo da Cunha Pereira.

Saliente-se ademais que a conduta dos pais ao insistirem em não ouvir os filhos quando da tomada de decisões que possam influenciar suas vidas poderá ser caracterizada como abuso de direito haja vista que as deliberações familiares devem necessariamente ter em conta as potenciais conseqüências que possam causar a todos os seus componentes, especialmente por conta da influência dos princípios constitucionais da solidariedade social e do melhor interesse do menor.

O abuso de direito pode ser detectado ainda na relação paterno-filial de caráter patrimonial, quando da análise do usufruto e da administração bens dos filhos menores que são concedidos aos pais por força do disposto nos artigos 1689 e 1691 do Código Civil, pois não é difícil conceber que se os pais fazem operações arriscadas com o dinheiro dos filhos, como investimentos em bolsas de valores, caso ocorra prejuízo, o administrador do capital alheio responderá aos infantes, mormente porque restará preenchida, no caso, a cláusula geral do abuso de direito.

Ademais, acredita-se que na hipótese do pai que detém o usufruto do bem do filho menor tiver renda com esta atividade, pagas as despesas realizadas com o investimento, bem como as de mera administração, que podem prever remuneração compatível para o administrador, bem como, custeados os gastos com a educação e sustento dos filhos, se houver ainda qualquer saldo remanescente, tal valor deverá ser depositado em nome do menor, pois o usufruto legal não dá direito ao pai de enriquecer-se à custa do infante.

Questão ainda mais polêmica reside comportamento do pai que pretende romper o vínculo sócio-afetivo de filiação, passando a negar a existência daquele simplesmente por se tratar de ação perpétua consoante dispõe o artigo 1601 do Código Civil, vez que hodiernamente, os laços de afeto e amor devem sobrepor-se à verdade biológica, como reiteradamente têm decidido os Tribunais brasileiros, ou ao contrário, dos pais biológicos que após abandonarem os filhos, pretendem reavê-los junto à família substituta.

Como se observa, parece que em cada uma das situações destacadas a figura do abuso de direito assume papel preponderante, não apenas para impor àquele que o desrespeita o dever de suportar os ônus financeiros de sua conduta, que em muitos dos casos narrados sequer existem, mas para impedir a adoção de condutas que ofendam os valores e princípios consagrados no âmbito de direito de família.

Na esfera das relações conjugais o problema também pode se manifestar, entretanto, há de ser lembrado que qualquer modalidade de relação “erótico-afetiva”, consoante ensina Sérgio Gischkow Pereira, é sujeita a “óbvios, previsíveis, naturais e inevitáveis dissabores, que lhe dão vida, lhe dão tempero, lhe dão vibração, lhe fornecem emoção, lhe conferem sentimento [e] a afastam da rotina”, pois amor e ódio sempre estarão juntos, e deste modo, há de se ter cautela quando do preenchimento da cláusula geral do abuso de direito.

Uma situação de aplicação da teoria do abuso de direito no âmbito das relações conjugais, que para que seja adequadamente lida, deve pautar-se pela noção de obrigação como processo, seria a hipótese de rompimento imotivado de noivado. Sobre o assunto, com Eduardo Leite, destaque-se que muito embora o noivado não obrigue às partes a celebrar o casamento, podendo, portanto, ser rompido a qualquer tempo unilateralmente, se tal decisão for motivada de modo adequado, poderá disparar o dever de reparar danos materiais e imateriais suportados pelo parceiro, gerados em razão do desmoronamento inesperado do projeto de vida ou pela desmoralização nascida do rompimento repentino, idéia esta que tem prevalecido nos tribunais brasileiros.

Pode imaginar-se ainda, dentre outras hipóteses, a simulação de gravidez com o escopo de fazer com que o esposo ou companheiro reflita acerca da decisão anteriormente tomada de separar-se da consorte ante a insuportabilidade da vida em comum, pois, se de um lado, pode-se em tese admitir que o parceiro apaixonado que percebe que será abandonado haja de modo a tentar reconquistar o sentimento que se esvai, de outro, deve observar alguns limites em sua conduta, não aceitando o direito uma mentira com tamanha repercussão.

Encerrando este opúsculo, merece lembrança enfim uma última situação de potencial manifestação do abuso de direito, mais especificamente, a hipótese nada incomum de múltiplas uniões estáveis concomitantes, tema que incomoda a percepção da doutrina pátria como bem detectou Flávio Tartuce ao demonstrar que muito não haja expressa menção à fidelidade para a

caracterização da união estável, o direito brasileiro é orientado pelo princípio da monogamia, e deste modo, em princípio, a melhor solução prevê que abusa do direito aquele que vive, ao mesmo tempo, como vários parceiros.

Em conclusão, pode afirmar-se que como visto, são inúmeras as possibilidades de manifestações volitivas infectadas em razão do abuso de direito na seara do direito de família, tanto quando da análise de questões referentes à parentalidade, como naquelas situações que digam respeito à conjugalidade.

Referências

- ABREU, Jorge Coutinho de. Do abuso de direito. Coimbra: Almedina, 1999.
- ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição de codificação: a dinâmica atual do binômio. In: COSTA, Judith Martins. (Org.) A reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de autoridade ou omissão de dever para a perda do poder familiar: breves considerações sobre o inciso IV do art. 1638 do novo CC. In: DELGADO, Mário Luiz; _____. (Coord.). Questões controvertidas no novo código civil. São Paulo: Método, 2004, v. 2.
- AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A desconstrução do abuso de direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). Questões controvertidas no novo código civil: no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005, v. 4.
- BARROSO, Lucas Abreu. A função ambiental do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Org.). Questões controvertidas: no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005, v. 4.
- _____. Novas fronteiras da obrigação de indenizar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). Questões controvertidas no novo código civil: responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006, v. 5.
- _____; CRUZ, Andreza Soares da. Funcionalização do contrato: o direito privado e a organização econômico-social contemporânea. Revista de Direito Privado, São Paulo-SP, n. 24, p. 79-88, 2005.
- BEVILAQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. São Paulo: RED, 2003.
- BRAMBILA, Silvio. O sistema do código civil e do código de defesa do consumidor e as limitações impostas à liberdade de contratar. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. Arte jurídica. Curitiba: Juruá, 2005, v. 2.
- BRANCO, Bernardo Castelo. Dano moral no direito de família. São Paulo: Método, 2006.
- BUSSATTA, Eduardo Luiz. Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no código de 2002: relativização dos direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CARVALHO NETO, Inácio de. Responsabilidade civil decorrente do abuso de direito. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). Questões controvertidas no novo código civil: responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2006, v. 5.
- _____. Responsabilidade civil no direito de família. Curitiba: Juruá, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. Direito à convivência familiar. In: Direito civil: direito patrimonial, direito existencial. TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (Coord.). São Paulo: Método, 2006.
- _____. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- DONNINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.). Temas atuais de direito civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo código civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Coord.). Questões controvertidas no novo código civil. São Paulo: Método, 2004, v. 2.
- ESPÍNOLA, Eduardo. Dos contratos nominados no direito civil brasileiro. Atualização Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito de ter uma personalidade. In: Direito civil: direito patrimonial, direito existencial. TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (Coord.). São Paulo: Método, 2006.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Direito civil: em sua expressão mais simples. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: _____ . (Coord.). Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. OLIVEIRA, Euclides. Do direito de família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de família e o novo código civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JORDÃO, Eduardo. Abuso de direito. Salvador: Podivm, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito civil aplicado: direito de família. São Paulo: RT, 2005.

_____. Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. In: _____ (Coord.). Grandes temas da atualidade: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do código civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (Coord.). Arte jurídica. Curitiba: Juruá, 2005, v. 2.

LORENZETTI, Ricardo. Fundamentos do direito privado. Tradução. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Contratos no novo código civil: teoria geral e contratos em espécie. São Paulo: Método, 2005.

_____. Teoria geral dos contratos no novo código civil. São Paulo: Método, 2002.

MARTINS COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 29, p. 65-102, jul./dez. 2005.

_____. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto de código civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

_____. O novo código civil brasileiro: em busca da "ética da situação". In: _____, BRANCO, Gerson Luis Carlos. (Coord.). Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984, v. 2.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

OLIVEIRA, Euclides. Direito de visitas dos avós aos netos. Revista EPD. São Paulo, n. 1

PENTEADO, Luciano de Camargo. Tutela coletiva de direitos individuais pelo ministério público: breve estudo de sua legitimidade à luz de conceitos de teoria geral do direito. Revista de Direito Privado. São Paulo, n. 19, p. 130-175, jul./set. 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral no direito de família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). Grandes temas da atualidade: dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Atual. Vilson Rodrigues Alves. t. 2. Campinas: Bookseller, 2000.

RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis. Campinas: Bookseller, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte geral do código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANTOS, Romualdo Batista dos. O código civil de 2002: omissões e distorções quanto ao poder familiar. In: BARROSO, Lucas Abreu. (Org.). Introdução crítica ao código civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STOCO, Rui. Abuso do direito e má-fé processual. São Paulo: RT, 2002.

_____. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: RT, 2001.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Jose Fernando. Direito civil: direito de família. São Paulo: Método. 2006. _____ . O princípio da boa-fé no direito de família. Revista Brasileira de Direito de Família. v. 8, n. 35, p. 5-32, abr. / mai. 2006

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microsistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: _____. (Coord.). Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código civil interpretado conforme a constituição da república: parte geral e obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao novo código civil. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004, v. 1.

VIEIRA, Cláudia Stein. Da guarda de filhos: ponderações acerca da guarda compartilhada. In: Direito civil: direito patrimonial, direito existencial. TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (Coord.). São Paulo: Método, 2006.

.

.

