

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

Débora Rezende Cardoso

**UNIÃO ESTÁVEL E ALIMENTOS: FONTES DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA
NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Porto Alegre
2007

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

Débora Rezende Cardoso

**UNIÃO ESTÁVEL E ALIMENTOS: FONTES DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA
NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Véra Maria Jacob de Fradera

Porto Alegre
2007

Aos meus pais Mariza e Jair, almas iluminadas e bondosas, são os meus maiores exemplos de força, de fé e de vida.

Devo-lhes muito mais do que a minha existência, devo-lhes tudo que sou hoje.

Uma vida inteira seria insuficiente para agradecer tudo que fizeram e fazem por mim. Recebam o meu eterno amor.

Ao André, meu marido e grande amor.

Pela força e companheirismo, dos momentos mais difíceis aos mais alegres.

Por me ajudar a me tornar uma pessoa melhor e fazer a minha vida mais feliz, ofereço-lhe todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

A todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a feitura deste trabalho, pelo estímulo e a amizade, meu reconhecimento.

À Professora Véra Maria Jacob de Fradera, por sempre ter confiado em minha capacidade, pela amizade que se iniciou muito antes deste trabalho. Pela sua competente orientação como professora e jurista, seus brilhantes ensinamentos, pelo apoio e incentivo, serei eternamente grata.

À Professora Cláudia Lima Marques, que além de ter sido a minha maior incentivadora para trilhar os caminhos da academia, ensinou-me a amar a vida acadêmica. Pela confiança e pelo convívio partilhado, agradeço por tudo que aprendi.

À minha amiga Maria Aracy Menezes da Costa, pela amizade construída nos bancos das salas de aula. Pelo seu incentivo constante, pelos ensinamentos e experiências transmitidos em conversas informais. Pela profunda colaboração na realização desse estudo, que com suas luzes e farto saber iluminaram meus pensamentos para chegar até aqui: uma grande amiga e uma grande jurista.

Às queridas Ades Teresa Sanches Y Vacas, Naila Lomando, Rosemari de Azevedo e Elisângela Nunes da Silva, dedicadas funcionárias da Faculdade de Direito de Direito, pela solicitude de sempre, auxiliaram-me de diferentes formas, e também torceram por mim.

À minha amiga Ana Cristina Silvera, que é muito mais do que uma amiga: uma irmã, acompanhou-me nos momentos mais difíceis de minha vida. A ela, todos os agradecimentos são insuficientes por tudo que representa, então, fica a minha eterna amizade.

À minha querida irmã, a irmã que mais amo, que sempre esteve do meu lado, torcendo

e orando por mim.

À Deus e ao meu anjo guardião, pois mesmo diante das dificuldades vividas nesse período, conservei a perseverança e a fé na vida.

RESUMO

Este estudo propõe uma análise sobre determinadas formas de enriquecimento sem causa no direito de família, mais especificamente em questões envolvendo o reconhecimento de uniões estáveis, assim como nos pedidos de alimentos indevidos. Na primeira parte, destaca a tutela jurídica ao instituto da família no sistema jurídico brasileiro, especialmente, toda a proteção conferida pela Constituição Federal. Na segunda parte, revela os requisitos que norteiam a união estável e a sua importância para diferenciá-la de outras espécies de relações amorosas. Na terceira parte, é estabelecido o liame entre os fundamentos da pretensão alimentar e a sua má utilização nas demandas envolvendo uniões estáveis. Por fim, na última etapa do trabalho, aborda diretamente o instituto do enriquecimento sem causa e sua caracterização no direito de família: tanto nas ações que buscam o reconhecimento de uniões estáveis para relações amorosas que não preenchem os seus pressupostos caracterizadores, e, assim, alcançar a fruição de todos os seus direitos, como no uso arbitrário de pedidos de alimentos para companheiros que podem e devem prover a própria subsistência. Nessa seara, é defendida a repetibilidade dos alimentos como meio de promover a igualdade e, fundamentalmente, a dignidade das pessoas envolvidas. Prega-se o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento jurídico principal para a defesa da revogação da regra da irrepitibilidade de alimentos.

ABSTRACT

This study has the purpose of analyzing determined procedures of enrichment without cause in family's law, specifically in questions involving the recognition of nonmarital partners, also the petitions of improper alimony. In the first part, it is singularized the judicial protection in relation to family's institute in the Brazilian Judicial System, especially the guardianship guaranteed for the Brazilian Constitution of 1988. Part two reveals the requisites that rule nonmarital partners and its importance to distinguish other kinds of relationships. In the third part, it is established the nexus between the basis of alimentary claim and its bad use in demands involving nonmarital partners. At last, it directly approaches the institute of enrichment without cause and its characterization in family's law: even in the actions that have the purpose of recognition of nonmarital partners to relationships that do not fulfil the requirements, and, in that case, to have fruition of all rights, and, in the same way, in the unjust use of alimony requests to partners that have the capacity and the obligation to provide themselves with no help. In this field, it is defended the alimony repetition as a way to promote the equality and, fundamentally, the dignity of the involved people. It emphasizes the principle of person's dignity as the principal legal motive to the defense of the abrogating the non-repetition of alimony rule.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I A TUTELA JURÍDICA DA FAMÍLIA	20
1 A proteção do Estado à família	20
2 A Constituição Federal de 1988 e a família.....	25
3 A família e o princípio da dignidade da pessoa humana	28
II – O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR	32
1 Conceito de união estável.....	32
2 Características e requisitos da união estável.....	34
3 A autonomia privada e a união estável.....	43
4 A união estável e o namoro qualificado	47
III – A UNIÃO ESTÁVEL E O DEVER DE ALIMENTOS.....	53
1 A pretensão alimentar no direito comparado	53
2 O fundamento do dever de alimentos no direito brasileiro	56
3 A inovação do Código Civil de 2002 em relação aos alimentos.....	66
4 A concessão de alimentos provisórios na ação de reconhecimento de união estável....	69
IV – O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E O DIREITO DE FAMÍLIA	72
1 A evolução do enriquecimento sem causa nos diversos sistemas jurídicos	72
2 A caracterização do enriquecimento sem causa no direito brasileiro	74
3 O fundamento da proibição do enriquecimento sem causa.....	77
4 O enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002	79
4.1 O enriquecimento	80
4.2. O empobrecimento	80
4.3 A ausência de justa causa	81
5 O enriquecimento sem causa no direito de família.....	82
5.1 O enriquecimento sem causa no direito de família e a obrigação de restituição.....	87
5.2 Os fundamentos jurídicos para a revogação da regra de irrepetibilidade dos alimentos....	92
CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca provocar algumas reflexões no que diz respeito aos institutos da união estável e o direito a alimentos, e a relação que se estabelece diante de seu uso pernicioso e ilícito, que pode levar ao enriquecimento sem causa, e, assim, atingir a dignidade das pessoas envolvidas.

Diante das profundas transformações vivenciadas pelo Direito de Família¹, exatamente porque ele é o espelho cultural da evolução de nossa sociedade, o órgão julgador deve buscar soluções concretas e justas às partes, permitindo-lhes a melhor solução para os conflitos existentes, não podendo se resumir a ser um mero aplicador das leis. É necessário portanto, acompanhar a evolução dos tempos, pois a sociedade se modifica mais rapidamente do que é possível se fazer acompanhar pelo direito.

Nessa seara, cabe enfrentar diretamente a questão do mau uso do instituto da “união estável”, que, por vezes, vem sendo utilizado em nossos foros e tribunais como um meio de enriquecimento sem causa, tendo como fundamento jurídico um Código Civil que, no referente a essa matéria em específico, revelou-se insuficiente.

Pretende-se, neste estudo, realizar uma reflexão a respeito da pertinência da aplicação do enriquecimento sem causa, originário do direito das obrigações, ao direito de família, especificamente no que tange à união estável, que, elevada ao *status* de entidade familiar, não pode ser utilizada como um meio de “ganhar a vida”, quando de sua dissolução, seja em razão do recebimento da meação de um patrimônio a que a parte não tem direito (por não se configurar a união estável), seja por meio do auferimento de uma pensão alimentícia

¹ Sobre o pluralismo no direito de família brasileiro, veja o interessante artigo BRAUNER, Maria Cláudia. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro

injustificada (por não se caracterizar a efetiva necessidade).

Parece óbvio pensar que atualmente, em pleno século XXI, as mulheres não estariam usando desse artifício para obter o lucro fácil. Infelizmente, porém, ainda se constata a existência de milhares de ações, em nossos foros e tribunais, pretendendo o reconhecimento de uma união amorosa instável em união estável, para, com base nesse título, auferir patrimônio ou alimentos; ou, ainda, embora efetivamente existente a união estável, pretendendo ver reconhecido o direito a alimentos, embora não configurada a sua real necessidade.

Nessa seara, uma das preocupações que levou ao desenvolvimento deste trabalho consiste exatamente no fato de que meros relacionamentos amorosos, como namoros, noivados, enfim, relações amorosas em geral, onde há a prática de sexo e uma convivência constante, mas sem o propósito de constituir uma família, sejam reconhecidos pelo Judiciário como união estável, logrando auferir todos os direitos decorrentes desse reconhecimento.

Revela-se de profunda gravidade esse tema, porque caso venham a ser concebidos como união estável relacionamentos descomprometidos do *animus familiae*², estar-se-á compactuando com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes, como direito à divisão de patrimônio e direito à pensão alimentícia, provocando, dessa forma, o locupletamento de uma das partes, afrontando, por conseqüência, o princípio geral do ordenamento jurídico brasileiro que não permite o enriquecimento sem causa.

São objetivamente abordados casos que podem ser caracterizados como forma de enriquecimento sem causa no direito de família, como a situação da ex-convivente que, embora reconhecida judicialmente como tal, pleiteia verba alimentar do seu ex-companheiro, ainda que tenha plenas condições de trabalhar e lutar por uma vida independente financeiramente. Ou, ainda, situações em que as ex-companheiras continuam recebendo

Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 255-278.

² Veja exemplo de decisão que não aceita esse entendimento: “União estável. Prova. Mera existência de relações afetivas e sexuais entre as partes não caracteriza união estável. Necessária a prova da existência de uma ligação firme, pública e notória a demonstrar uma verdadeira comunhão de vidas e fundação de um núcleo familiar, com conjugação de esforços e propósitos, para que seja partilhável o patrimônio adquirido por um dos amantes durante o relacionamento. Recurso desprovido.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 598212744. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 07 out. 1998)

pensão alimentícia dos ex-companheiros, em que pese tenha desaparecido a causa que justificou a concessão do pensionamento.

É chegado o momento de o direito de família, que tangencia questões tão nobres, por envolver os sentimentos humanos e as relações afetivas, revolucionar entendimentos retrógrados que sempre se aplicaram às relações familiares, mas que não mais se adequam a todas as mudanças vividas pela sociedade pós-moderna, para que não venha a ser utilizado como um meio de locupletamento.

Nesse sentido, impõe não seja relegado para segundo plano o aspecto mais importante da família: **a afetividade**. Por isso, hoje se destaca a “despatrimonialização” da família, para se dar guarida a sua “repersonalização”³, ou seja, o resgate de todos os valores imateriais que devem existir no seio familiar e que são os efetivos responsáveis por sua manutenção.

Do contrário, teremos cada vez mais um direito de família assistencialista, em detrimento do patrimônio de pessoas que, embora possuam determinados deveres legais em razão da conjugalidade estabelecida, não estão obrigados a sofrer prejuízo em seu patrimônio (independentemente da condição financeira) para salvaguardar um direito inexistente ou que deixou de existir, mas o qual foi legitimado por uma decisão estatal.

Destarte, para se chegar até o momento atual, em que se pode dizer que o regramento jurídico da família adaptou-se à sociedade pós-moderna, essa instituição sofreu profundas transformações no decorrer dos séculos, passando por diversas fases, as quais foram diretamente influenciadas pela evolução dos tempos. Dentro dessa evolução, cumpre realizar um brevíssimo histórico, para analisar, ainda que objetivamente, as mudanças fundamentais sofridas ao longo dos séculos. Pode-se identificar, assim, três períodos bem destacados que marcaram a evolução do conceito de família e seu desenvolvimento:

³ Interessante destacar a relação efetuada por Jussara Meirelles a respeito da despatrimonialização do direito civil: “enfim, a pessoa humana passa a centralizar as cogitações jurídicas, na medida em que o ser é valorizado [...] A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito Civil, não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica.” (MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 111).

a) a família tradicional

A família concebida como “tradicional” teve suas origens no direito romano, perdurando até uma parte do século XX, o qual lhe deu estrutura inconfundível, tornando-a sólida unidade jurídica, econômica e religiosa fundada na autoridade soberana de um chefe⁴.

Em suma, a família romana se assentava no poder incontestável do *pater familias*, “sacerdote, senhor e magistrado”, em sua casa – que se exercia sobre os *filhos, a mulher, os escravos*, multiformemente, permitindo-lhe dispor livremente das pessoas e bens. A figura singular do *pater familias* absorvia inteiramente a dos outros membros do grupo, sendo que a esposa ficava *in manu*, perdurando o vínculo conjugal e os filhos concebidos como incapazes⁵.

Na Lei das XII Tábuas, do século V A.C., a palavra família se confundia com “patrimônio” e “herança”. Assim se o *pater* morria sem deixar testamento e sem herdeiro necessário (*suus*), o agnado próximo recebia a herança (*familia*)⁶.

Partindo da idéia da família romana, viveu-se a família patriarcal, em que o marido era o chefe da família, partindo dele todo o mando e o governo das relações familiares, baseando-se na igualdade dos filhos legítimos e na inferioridade da condição dos ilegítimos⁷.

Sob a égide da família patriarcal, o clã familiar se alongava do senhor ao escravo, abrangendo parentes não próximos, compadres, afilhados, ou formando verdadeiros blocos ajustados e harmonicamente movidos⁸.

Nessa fase da história, a mulher ocupava um papel de inferioridade e submissão ao homem, não só porque dependia dele economicamente, como também não era dona da própria vida ou da vida dos filhos, necessitando, inclusive, da outorga marital para a prática de diversos atos jurídicos.

⁴ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: Rio de Janeiro, 1981, p. 38.

⁵ *Ibidem*, p. 38.

⁶ PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova Constituição e o direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 9.

⁷ Veja outros comentários sobre a família nos sistemas jurídicos brasileiro e italiano na obra CONVERTI, Luzia Rosa Leite de. *As relações patrimoniais nas uniões sem vínculo legal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

⁸ SILVA JÚNIOR, Antônio Rubião. *Interesse público: atos e fatos*. Campinas: Julex, 1997, p. 29.

Já a família moderna apresenta distintas características, como se verá a seguir.

b) a família moderna

A família moderna⁹, que se desenvolveu durante o século XX e sofreu a influência do direito canônico, teve como ponto fulcral a emancipação econômica da mulher, determinada indubitavelmente pelo sistema capitalista de produção, provocando uma revolução nas relações familiares que, por certo, não foi acompanhada pelas leis e códigos da época.

Sob a égide dessa era, passou a mulher a trabalhar fora do lar, ganhando, ela própria, seu sustento econômico. Nesse sentido, para que a família suportasse essas profundas transformações, o lar se tornou sede de graves conflitos.

A condição de inferioridade da mulher cedeu lugar a sua igualdade¹⁰ jurídica diante do homem, que, apesar de todos os preconceitos enfrentados, não deixou de ser conquistada. Essa igualdade subverteu a concepção tradicional de governo da família, esvaziando o conteúdo do poder marital, passando o pátrio poder¹¹ a ser dividido entre ambos os cônjuges, consoante prelecionam dois ilustres professores paranaenses:

A substituição do modelo patriarcal de família se faz por um estatuto de coordenação entre marido e mulher no seio da família. A idéia diretriz é a de igualdade jurídica e de direção da família por ambos os cônjuges. É o princípio do concertamento: a direção da família se desenvolve pelo acordo entre os cônjuges em relação aos assuntos mais importantes.¹²

Não foi somente o fato de exercer, em conjunto, o poder familiar que decorreu do princípio igualitário entre o homem e a mulher. Também a mulher assumiu, no casamento, a

⁹ “A família moderna tem como finalidade realmente essencial a vida moral, a sedimentação dos sentimentos afetivos, a perpetuação da espécie pela geração de filhos, a moralização das relações sexuais, educação e criação dos filhos e mais todos os fins nobres que enriquecem a personalidade do ser humano” (MOURA, Mário de Aguiar. *Concubinato: teoria e prática*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 16-17).

¹⁰ Ricardo Luis Lorenzetti leciona que “la explosión de los intereses individuales dentro del grupo familiar há provocado su reorganización sobre bases igualitarias. Durante la mayor parte de su historia, el grupo fue de conformación autoritaria, baseado en las decisiones paternas; el movimiento de los Derechos Humanos há impactado duramente sobre esta organización de la vida familiar, haciendo presente dentro de ella, los intereses individuales y la igualdad.” (LORENZETTI, Ricardo. *Derecho de familia patrimonial*. In: *TEORIA General del Derecho de Familia: el conflicto entre los incentivos individuales e grupales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, [s.d.], p. 12).

¹¹ Atualmente, sob a égide do novo Código Civil, não mais existe o pátrio poder, mas sim o poder familiar, considerando que pertence a ambos os cônjuges.

¹² Cf. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2001, p. 24.

condição de colaboradora do marido na regência da família; passou a não precisar de autorização do marido para a prática de determinados atos, que antes exigiam a sua outorga; passou a exercer a profissão de sua livre escolha; passou a escolher em conjunto com o marido o domicílio do casal; passou a colaborar na administração do patrimônio conjugal; e, dispor livremente do fruto de seu trabalho.

Foi nesse ciclo que surgiram as uniões de fato, tendo inicialmente o direito brasileiro reconhecido efeitos a essas uniões por meio da jurisprudência, e, posteriormente, a Constituição Federal de 1988 e outras leis específicas concederam-na *status* constitucional e jurídico, respectivamente.

Como muito bem leciona Orlando Gomes, “a família moderna não tem mais, como unidade, significação política e econômica. Seu caráter político desapareceu como o princípio da igualdade civil e política, de sorte que, nessa fase, ninguém desfruta situação jurídica particular pelo fato de pertencer a uma família. Deixou de ser, igualmente, unidade econômica, que produzia para o próprio consumo, pois a economia doméstica é praticamente eliminada pela economia de mercado.”¹³

Esclarecendo diretamente a questão, na sociedade moderna¹⁴, a família já não mais se assenta no princípio político da autoridade de seu chefe, mas sim, no princípio natural da consaguinidade, onde sobreleva considerar os interesses dos membros da família em sua individualidade¹⁵.

De acordo com a profunda análise realizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama, alguns fenômenos influenciaram pontualmente as mudanças, sendo perfeitamente apreendidos no texto constitucional de 1988: “a) a estatização, ou seja, a crescente ingerência do Estado nas relações familiares; b) a retração, no sentido da substituição do modelo de família extensa, do tipo patriarcal, pelo modelo de família nuclear, constituída do pai, da mãe

¹³ GOMES, *Direito de...*, p. 2.

¹⁴ Segundo a doutrina de Francisco Amaral, o paradigma da modernidade compreende o *racionalismo*, que defende a razão e o sistema reorganizando o direito, o *individualismo* e a *subjetividade jurídica*, a consideração da regra jurídica como imperativo, o *monismo jurídico*, a *segurança jurídica*, como valor fundamental do direito, o *formalismo*, que reduzia o direito à norma e à lei, o pensamento sistemático. (AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 21, 2002, p. 19)

¹⁵ PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 109.

e dos filhos menores; c) a despatrimonialização, a saber, a mudança do caráter das relações patrimoniais da família, determinante da diminuição da importância do seu aspecto capitalista, dando maior ênfase a outros aspectos, como se constata nas relações de tipo alimentar; d) a democratização, ou seja, a tendência em transformar a organização familiar num grupo societário do tipo igualitário, cujo processo acompanha a emancipação dos personagens familiares, como a esposa e os filhos menores; e) a repersonalização e a desencarnação, representando a substituição do elemento carnal (ou biológico) pelo elemento psicológico (ou afetivo) e a conscientização de que na formação do homem deve-se atribuir maior valor à educação do que à hereditariedade; f) a dessacralização do casamento, no sentido de retirar os privilégios odiosos da instituição matrimonial, aproximando-a da realidade sociológica, daí a maior facilidade na dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, a admissão do companheirismo como realidade jurídico-familiar e a indistinção entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais.”¹⁶

Conclui-se, portanto, que, enquanto na família primitiva, o que importava considerar era o interesse do grupo familiar, em sua unidade, na moderna o que sobreleva é o interesse individualmente considerado de cada um dos membros da família, e, o que é mais importante, a simetria que se estabeleceu entre os direitos do homem e da mulher.”¹⁷

Em suma, adotando a doutrina de Ricardo Luis Lorenzetti¹⁸, “de uma institución cuya finalidad fue durante mucho tiempo la de transmitir pautas sociales a los individuos para disciplinarlos, ha pasado a ser un lugar de realización del individuo dentro de la familia”.

O último e atual período dessa evolução será a seguir objeto de nossas reflexões.

c) a família pós-moderna

Definir a era da pós-modernidade não consiste em uma tarefa simples, ao contrário, revela-se tormentosa, exatamente porque não é um movimento intelectual, mas sim reflete o

¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito de família brasileiro: introdução—abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 9-10.

¹⁷ Cf. PEREIRA, A. P., *Alimentos...*, p. 109.

¹⁸ LORENZETTI, Derecho de familia..., p. 12.

pensamento da atualidade: a ausência de paradigmas, metas ou fórmulas para a solução das necessidades sociais¹⁹.

Na linha de pensamento do douto Erik Jayme²⁰, “a pós-modernidade²¹ reflete a identidade cultural do indivíduo, como a dos povos. Dentre os valores básicos da pós-modernidade destaca-se o reconhecimento do pluralismo, da pluralidade de estilos de vida e a negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser.”

Nesse sentido, ao final do século XX, família e indivíduos vêm apresentando rápidas transformações em suas caracterizações comportamentais. Se há algum tempo a família, com pais (heterossexuais!) e filhos (somente deste casamento!) – expressava a realidade da maioria dos núcleos, ela passa a ser um quadro cada vez menos freqüente na atualidade. O modelo de família transformou-se em algo plural, muitas vezes apresentando quadros aparentemente caóticos e outras vezes expressando realmente o caos nas relações familiares²².

A família, na era pós-moderna²³, tornou-se cada vez mais um instrumento onde o indivíduo pretende realizar-se, amoldando os interesses individuais ao mesmo tempo em que se desacomodou em relação aos parâmetros que a sociedade estabeleceu como típicos²⁴.

Como muito bem analisou Luiz Edson Fachin, na atualidade “proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em

¹⁹ Segundo Eduardo C. B. Bittar, a pós-modernidade se revela uma época de poucas certezas, definições ou conceitos, ou seja, de pouca precisão, em que tudo se mede a partir do incalculado, e não do milimetricamente pensado ou racionalizado (BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 170).

²⁰ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, jan. 1999, p. 24.

²¹ MARQUES; Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 764, p. 11-32, jun. 1999, 13. As autoras referem que tempos pós-modernos “são tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, de abalo nas referências institucionais e de grande manipulação nas informações e na formação de opinião, em que acaba por decretar a insuficiência do modelo familiar tradicional, modelo patriarcal do direito civil moderno, o que leva à evolução dos conceitos, à maior maleabilidade na jurisprudência, nos valores e visões por ela consolidados”.

²² Análise realizada por TONDO, Cláudia Tatiana. O ciclo de vida da família e suas conflitivas. In: DIREITO de família e interdisciplinaridade. Curitiba: Juruá, 2001, p.12.

²³ “A sociedade contemporânea, pós-moderna ou pós-industrial, é uma sociedade pluralista, complexa, marcada pela revolução da técnica, pela mundialização da economia, pela massificação dos meios de comunicação. Dado o notável desenvolvimento científico e tecnológico das últimas décadas é reconhecidamente a sociedade do conhecimento e da informação”. (AMARAL, O direito..., p. 5).

²⁴ LORENZETTI, Derecho de familia..., p. 13.

busca de sua aspiração à felicidade.”²⁵

Nos tempos atuais deparamo-nos com outros tipos de família, onde o casal é composto por dois homens ou duas mulheres. Quanto à origem dos filhos, além dos sangüíneos ou adotados, existem outras possibilidades, como a daqueles que são gerados em ventre de aluguel, inseminação em laboratório por sêmen de outro homem que não o marido, e talvez num futuro próximo, possamos ter filhos a partir da clonagem das células de alguém admirado²⁶.

Conforme sábia doutrina de Sérgio Gischkow Pereira²⁷,

as modernas tendências podem ser sintetizadas nas três grandes características do direito de família atual, antes mencionadas: revalorização do aspecto afetivo, busca de autenticidade nas relações e preservação do interesse de crianças e adolescentes [...] Com efeito, o fundamento no amor origina a paridade dos cônjuges, a proteção do concubinato, a maior facilidade para obter a separação judicial e o divórcio, a adequação do regime de bens aos verdadeiros significados do casamento, o crescimento de técnicas de procriações artificiais.

Em verdade, a transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto e no amor. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.²⁸

É possível afirmar que a sociedade contemporânea aberta, plural, dinâmica, multifacetária e globalizada não permite mais a afirmação de um modelo fechado de estruturação familiar²⁹. Ao contrário, tem-se um sistema familiar absolutamente aberto, em que os laços de afetividade³⁰ são o verdadeiro fundamento dessa nova família.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 290-291.

²⁶ GIRON, Myrna Cicely Couto. A formação da família: monogamia e poligamia. In: DIREITO de família e interdisciplinaridade. Curitiba: Juruá, 2001, p. 88.

²⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 48.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves. Direito constitucional à família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 23, abr./maio 2004.

²⁹ Ibidem, p. 14.

³⁰ Sobre a importância dos laços de afetividade na nova família, veja CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273. A autora refere que a partir do momento em que o sujeito passou a ocupar uma posição central, o afeto ingressou com posição de destaque na esfera jurídica. Quis com isso dizer que a vontade de estar e de permanecer junto a outra pessoa revelou-se um

Dentre estas novas famílias tem-se: as famílias monoparentais³¹, famílias fundadas em vínculos sócio-afetivos e não biológicos³², famílias homossexuais, famílias adotivas, além de famílias que se utilizam de variados métodos de fertilização, como, p. ex., a inseminação artificial e a clonagem humana.

Do que foi exposto, o fundamental a se detectar é que a família da pós-modernidade é calcada em laços de afetividade, sendo esses sua causa originária e final, com o propósito de servir de motor de impulsão para a afirmação da dignidade das pessoas de seus componentes. Prestigia-se a família como instrumento, como meio para a realização pessoal de seus membros.³³

Logo, pode-se afirmar, direta e objetivamente, que, na família pós-moderna, há a passagem do conceito de família-poder para a família-cidadã. Progressivamente, com o surgimento do desenho de afeto no plano dos fatos, ela se inscreve numa trajetória de direitos subjetivos: de espaço de poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar.³⁴

É inegável que a família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3º., I, da CF), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo.³⁵

Como conseqüência de toda essa evolução no âmbito do direito de família, é que não se pode continuar amparando as idéias e os dogmas antigos como verdades absolutas, e,

elemento de grande importância tanto na constituição de uma família, assim como em sua dissolução. As pessoas passaram a se preocupar mais com o que sentiam do que com a adequação de seus atos ao modelo jurídico (Ibidem, p. 297).

³¹ Sobre família monoparental veja LEITE, Eduardo de Oliveira. A família monoparental como entidade familiar. In: PINTO, Teresa A. A. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 2.

³² EMENTA: ADOÇÃO. CRIANÇA DE TRÊS ANOS DE IDADE CONVIVENDO COM FAMÍLIA SUBSTITUTA DESDE OS 11 MESES. CONSTRUÇÃO DE VÍNCULO FAMILIAR. Em que pese a resistência da avó biológica paterna, a solução que melhor atende ao interesse da criança, evitando o trauma de uma nova ruptura familiar, é mantê-la no seio da família substituta que a acolheu desde os 11 meses de idade, e que representa seu referencial de família e de proteção. **Vínculo sócioafetivo** consolidado e que sobreleva preservar. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara. Apelação Cível Nº 70010118230. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 22 dez. 2004)

³³ Análise reproduzida por FARIAS, Direito..., p. 15.

³⁴ Cf. FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 27, 2005, p. 97.

assim, legitimizar o mau uso dos institutos familiaristas, como a utilização da união estável e do direito alimentar para o fim de enriquecimento ilícito, questão que será tratada no decorrer desse trabalho.

³⁵ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 24, jun./jul. 2004, p. 139.

I A TUTELA JURÍDICA DA FAMÍLIA

1 A proteção do Estado à família

Dentre os deveres mais importantes do Estado, destaca-se o da proteção à família³⁶, célula social primária, segundo as concepções mais harmônicas entre indivíduo e Estado.

O professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti³⁷ explica a intervenção do Estado na família: “la familia es una célula de la organización del Estado, y por ello es admisible un importante grado de intervención desde el Derecho Público. Esta visión paternalista atribuye al Estado el control de la vida familiar em múltiples aspectos”.

A Constituição Federal determinou em seu art. 226, parágrafo 5º, a proteção especial à instituição da família³⁸; razão pela qual não se pode reconhecer formato de entidade familiar a toda e qualquer relação amorosa. A união estável³⁹ somente ganhou *status* jurídico e recebeu todos efeitos jurídicos daí decorrentes, em função da necessidade de proteção à família.

³⁶ Paulo Luiz Netto Lôbo arrola exemplos das funções do Estado em relação à família: a) é social a obra de higiene, de profilaxia, de educação, de preparação profissional, militar e cívica; b) é de interesse social que as crianças sejam alfabetizadas e tenham educação básica, obrigatoriamente; c) é de interesse público a política populacional dos Estado, cabendo a este estimular a prole mais ou menos numerosa. O planejamento familiar é livre, pela Constituição, mas o Estado não está impedido de realizar um planejamento global; d) é de interesse social que se vede aos pais a fixação do sexo dos filhos, mediante manipulação genética; e) é de interesse social que se assegure a ajuda recíproca entre pais e filhos e idosos e que o abandono familiar seja punido; f) é de interesse público que sejam eliminadas a repressão e a violência dentro a família. (LÔBO, A repersonalização...)

³⁷ LORENZETTI, Derecho de familia..., p. 15.

³⁸ Discorrendo sobre a família no direito contemporâneo, Luiz Edson Fachin filosofa “É uma arena na qual tudo está sempre para ser dito, o que reconstrói, no presente, os limites do passado sob as vestes da modernidade, e projeta para o futuro as interpretações próprias do destino que se quer ver prometido. Nela repousam a vida e a morte, o ser e o não-ser, a ambigüidade e a ambivalência que escrevem sobre os viventes todos os fatos, as coisas e os mitos.” (FACHIN, L. E., Inovação..., p. 96).

³⁹ Luiz Edson Fachin comentando as relações familiares provenientes das uniões de fato aduz que “as relações familiares começam a renascer para dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história comum, na qual a realização das individualidades frutifica na paixão e amadurece no amor que une e rompe barreiras”. (FACHIN, L. E., *Elementos...*, p. 89).

Como a família⁴⁰ passou não mais a estar fundada somente no matrimônio, mas também na união estável, bem como difundiram-se, em larga escala, as famílias monoparentais, fez-se imprescindível o seu reconhecimento e a sua proteção constitucional e jurídica. Por isso, é necessária muita prudência em aplicar a teoria ao caso concreto, porque a expressão “entidade familiar”, prevista no texto constitucional, não pode ser concebida como toda e qualquer relação amorosa em que um homem e uma mulher mantêm um convívio, todavia, sem o *animus familiae*.

Com efeito, faz-se imprescindível destacar que a proteção estatal não significa estímulo à formação de vínculos familiares informais, já que o Estado se preocupa, até os dias atuais, em regular a sexualidade entre os seus súditos, permitindo a assunção de responsabilidades e a produção de reflexos quanto a terceiros.⁴¹

Por isso, a vida familiar com segurança jurídica⁴² é o ideal, também porque o Estado está preocupado com sua própria existência. A família é seu forte, seu sustentáculo, sua própria vida, a menor porção da sociedade, dentro do lar. E a família, por sua vez, encontra sua força na convivência pacífica e segura de seus membros, irmanados no amor⁴³.

Como bem ensina o professor italiano Roberto de Ruggiero,

o Estado intervém para fortalecer os vínculos, para garantir a segurança das relações, para disciplinar melhor e conduzir, à finalidade suprema a que se destina, o organismo familiar, primeira base da sociedade, e não como sucede noutras esferas do direito privado, com aquele arbítrio pleno, que faz da lei a única regra das relações [...] Na verdade, interessa ao Estado que o organismo familiar – sobre o qual repousa todo o organismo superior estatal – seja regulado e disciplinado em conformidade com o fim universal e

⁴⁰ “A família é sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, idéias e ideais, sonhos e realizações. Uma instituição que mexe com nossos mais caros sentimentos. Paradigmática para outros relacionamentos, nesse sentido, célula mater da sociedade, ao mesmo tempo que a relação privada é pública.” (GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 258).

⁴¹ Cf. GAMA, *Direito de família...*, p. 59-60.

⁴² Segundo Eduardo Takemi Kataoka, fala-se de um direito fundamental à segurança na medida em que é necessário para a justiça que uma pessoa conheça antecipadamente qual o seu âmbito de liberdade dentro do Estado de Direito (KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais do novo Código Civil Brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, [s.d.], p. 353).

⁴³ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 241.

comum a que ele se destina. Uma vez que o fim não pode ser o fim particular de um ou outro indivíduo, nem um fim livremente escolhido pelo particular, mas, é o fim superior da comunidade social que necessariamente se deve conseguir, não pode por isso ser ele deixado à vontade individual, que poderia ir de encontro à utilidade comum ou até não o desejar, mas deve antes pertencer ao Estado, que, custe o que custar, o conseguirá.”⁴⁴

Mas o que é exatamente a família? A família é instituição de direito natural e fundamental da sociedade, conforme Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 16, inc. III. A família é a “célula social por excelência”⁴⁵.

Com o decorrer dos séculos, a palavra *família* foi ganhando nova significação, deixando de englobar a casa, as terras e as riquezas para passar a compreender, apenas, as pessoas havidas inicialmente como integrantes do grupo familiar, a saber: o *pater*, a mulher, os filhos e os escravos, mais adiante passando a designar tão-somente as pessoas ligadas pelos laços de parentesco⁴⁶.

Para o mestre Pontes de Miranda, há uma multiplicidade de conceitos da expressão “família”. Ora significa o conjunto das pessoas que descendem do tronco ancestral comum, tanto quanto essa descendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos, ora o conjunto das pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consaguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas, mais os afins apontados por lei; ora o marido e a mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido e mulher e parentes sucessíveis de um e de outra.⁴⁷

Na linha do magistério de Caio Mário da Silva Pereira, é na família que se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca.⁴⁸

⁴⁴ DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6ª. edição italiana Paolo Capitanio, atualização por Paulo Roberto Benesse. Campinas: Bookseller, 1999, v. 2: Direito de Família, Direitos Reais e Posse. p. 33-34 e p. 36.

⁴⁵ Conceito de Mazeaud e Mazeaud, citado na obra de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5: Direito de Família, p. 20.

⁴⁶ Cf. PEREIRA, A. P., *A nova...*, p. 22.

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, v. 1: Direito Matrimonial, p. 59.

⁴⁸ PEREIRA, C. M. S., op. cit., p. 20.

Segundo a doutrina de Eduardo de Oliveira Leite⁴⁹, “a família nuclear, que é um verdadeiro estado de espírito, antes que uma estrutura, distribuição e arranjo de casa, ou de diagrama de relações de parentesco, composto pela mãe, pai e filhos, distingue-se de todos os outros padrões familiares pelo sentido muito peculiar de solidariedade que une entre si os membros da unidade doméstica, ao mesmo tempo que os separa do resto da coletividade.”

A família atual, estruturada dentro de uma ótica nova – não necessariamente de acordo com o padrão tradicional imposto pela rede de parentesco, mas exclusivamente dentro dos interesses da sociedade conjugal – possui, na sua estrutura e nas suas funções⁵⁰, elementos de permanência que excedem largamente a sua composição meramente biológica, extravasando sua concepção em terrenos até então desconsiderados pelo Direito, como as funções afetivas, emotivas e mesmo psicológicas.⁵¹

Em verdade, “a família é um grupo institucional de integração, porque permite que o indivíduo se situe e alcance a sua realização”.⁵²

Nesse sentido, conforme os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo⁵³, as entidades familiares, sejam elas provenientes do casamento, da união estável ou da comunidade monoparental, apresentam características comuns, quais sejam:

a) **afetividade**, como fundamento e finalidade da entidade, com a desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;

b) **estabilidade**, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;

c) **ostensividade**, pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 19.

⁵⁰ Conforme ensinamento de Sérgio Sérulo da Cunha, a família tem função nutriz e educativa, de adaptação ao meio físico e social; é como se fosse o prolongamento do útero materno, o útero social que exerce a função de mediador entre a sociedade e o indivíduo. (CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Direito de Família: Mudanças*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 11).

⁵¹ Cf. LEITE, op. cit., p. 20.

⁵² LORENZETTI, Derecho de família..., p. 18.

⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: TEMAS atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3.

Dentre os diversos tipos de famílias existentes, não se pode deixar de falar da família sócioafetiva, na qual os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica e há o exercício do poder familiar, independentemente dos laços sanguíneos.

Em razão disso, “as famílias devem espelhar a própria formação democrática do convívio em sociedade, sob o prisma político-ideológico, fundando-se em valores existenciais e psíquicos, próprios do ser humano, como os sentimentos de solidariedade, afeto, respeito, compreensão, carinho e aceitação, que afastam valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que nortearam a família matrimonial”.⁵⁴

Interessante registrar que a proteção do Estado à família deve ser pensada a partir das necessidades da **família** e não do Estado, o que pode levar a que este assuma um papel hegemônico, patriarcal, que foge às suas funções, vendo a família e seus membros como hipossuficientes⁵⁵.

É notório que, embora atualmente existam vários modelos de família⁵⁶, que há muito superaram a família tradicional arcaica, não pode ser a **família** usada como fonte para atingir lucro fácil, transformando toda e qualquer união amorosa em família para fins de reconhecimento de uma união estável, da qual advém muitos direitos e deveres, e da qual se extraem conseqüências gravosas, que atingem sobremaneira a vida das pessoas.

Nesse sentido, destaca-se a Constituição Federal de 1988, que ampliou o conceito de tutela à família, para admitir a pluralidade das entidades familiares, todavia, focalizando a dignidade de cada partícipe, de forma a não ser usada para fins ilícitos.

⁵⁴ Cf. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

⁵⁵ GROENINGA, Giselle Câmara. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 103.

⁵⁶ Dentro dessa perspectiva, João Baptista Villela anota que “as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições da família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.” (VILLELA, João Baptista. *As novas relações de*

2 A Constituição Federal de 1988 e a família

A Constituição Federal de 1988, no art. 226 e seus parágrafos, tem como objetivo dedicar especial proteção à família: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”⁵⁷.

O Estado assumiu solenemente o dever de dispensar à família, como célula *mater* da sociedade, e a cada um dos membros do grupo familiar, especial tutela, prometendo empregar os meios necessários, objetivando impedir que a violência, e com ela a desarmonia, possam estar presentes no âmbito de suas relações⁵⁸.

Revela-se, portanto, um dever do Estado tutelar os direitos básicos da pessoa, como direitos fundamentais que constituem a base jurídica da vida humana⁵⁹, ressaltando-se a família como o lugar próprio para o desenvolvimento da tão buscada dignidade.

A proteção constitucional da família envolve, fundamentalmente, tratar da constitucionalização do direito civil⁶⁰, aqui, mais especificamente, da família⁶¹.

Ao recepcionar-se, na Constituição Federal, temas que compreendiam, na dicotomia tradicional, o estatuto privado, provocou-se transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social); na família (que, antes hierarquizada, passa a ser igualitária no seu plano interno, e, ademais, deixa de ter o perfil

família. In: CONFERÊNCIA DA OAB, 15., Foz do Iguaçu, 1994. *Anais...* Foz do Iguaçu: OAB, 1994, p. 645.)

⁵⁷ Nas palavras de Sérgio Gischkow Pereira, “uma família estruturada sobre os alicerces do afeto, da verdade e da não-opressão, é o que almeja a Constituição”. (PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas questões de direito de família na nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 639, jan. 1989, p. 247).

⁵⁸ Cf. PEREIRA, A. P., *A nova...*, p. 97.

⁵⁹ Veja um estudo aprofundado sobre direitos fundamentais na obra de MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, v. 4: Direitos Fundamentais, p. 9.

⁶⁰ Véra Maria Jacob de Fradera escreveu artigo sobre o estado atual do direito de família no Brasil, bem como a constitucionalização do direito privado, especificamente no direito de família (FRADERA, Véra Maria Jacob de. Evolución y estado actual del derecho de familia em Brasil. *Revista de Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 11, p. 111-126, jan./jun. 1999).

⁶¹ “A família, no modelo civil-constitucional contemporâneo, não é um fim em si mesma, e sim “uma comunidade particularmente propícia à realização pessoal de certas pessoas, servindo como instrumento ao desenvolvimento da potencialidade de seus integrantes, fulcrada nos sentimentos de solidariedade, de afeto permanente, de respeito e lealdade, na busca do ideal da humanidade.” (GAMA, *Direito de...*, p. 54).

artificial constante do texto codificado, que via como fonte única o casamento, tornando-se plural quanto à sua origem) e nas relações contratuais (onde foram previstas intervenções voltadas para o interesse de categorias específicas, como o consumidor, e inseriu-se a preocupação com a justiça distributiva).⁶²

Nesse sentido, a Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico – inclusive do Direito Privado⁶³.

Na esteira dos ensinamentos de Konrad Hesse, a Constituição já não mais simboliza apenas a ordem jurídico-fundamental do Estado, tendo se tornado a ordem jurídico-fundamental da comunidade, considerando que tutela diretamente garantias como o matrimônio, a família, a educação, dentre outras⁶⁴.

Por isso, não se pode imaginar, no âmbito do direito civil, que os princípios constitucionais sejam apenas princípios políticos. Há que se eliminar a expressão “carta política”, porque acaba por relegar a Constituição a um programa longínquo de ação, destituindo-se de seu papel unificador do direito privado⁶⁵, como pensa expressiva parcela da Doutrina nacional.

Trata-se, assim, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.⁶⁶

⁶² Cf. RAMOS. Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 10-11.

⁶³ Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Rusyk comentando sobre a constitucionalização do direito civil, vão mais longe ao afirmar que os direitos fundamentais não são apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. (FACHIN, Luiz Edson; RUSVYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 87-104.

⁶⁴ HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la constitución. In: ESCRITOS de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, p. 16.

⁶⁵ Cf. TEPEDINO. Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEMAS de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17-18.

⁶⁶ Cf. *Ibidem*, p. 22.

Inicialmente, somente o casamento era protegido como entidade familiar em nosso ordenamento jurídico. De outra banda, a união estável era uma realidade absolutamente ignorada juridicamente, em que pese sua existência fática e os efeitos jurídicos que dela claramente decorriam, restando aos Tribunais, por meio de suas decisões, dar a melhor solução ao caso concreto⁶⁷.

A Constituição Federal de 1988 representou, assim, um marco na evolução do Direito de Família no Brasil, ao elevar ao patamar de entidade familiar a união estável⁶⁸. Em verdade, o que a Carta Magna fez foi reconhecer uma situação já antiga que ocorria largamente nas relações familiares⁶⁹, como forma de dar guarida também às famílias que não se originavam de um casamento, mas da união de fato, desimpedida, entre o homem e a mulher.⁷⁰

Efetuiu o reconhecimento de um fato social inevitável, como forma de viabilizar o gozo dos benefícios da lei à grande parte da sociedade brasileira que não desejou ou não conseguiu trilhar os trâmites convencionais para o estabelecimento da unidade familiar. É o sistema jurídico adequando-se ao fato social, dinâmico, e que não deve ser mantido à margem de sua proteção, sob pena de colocar em risco o bem-estar social.

Assim, a nova ordem constitucional reconheceu mais um tipo de família – *a família informal*, “aquela que é de fato constituída por ato de vontade amorosa dos conviventes, sem as formalidades legais, sem diferencial inferiorizante em comparação com a família formal, dando-lhe a denominação de entidade familiar”⁷¹.

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela

⁶⁷ Sobre as mudanças sociais ocorridas no Direito de Família, veja FACHIN, Luiz Edson. O novo Código Civil e as mudanças sociais no direito de família. In: ALVIM, Arruda (Coord.) *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 437-450.

⁶⁸ Art. 226, § 3º: Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

⁶⁹ Sobre a disciplina civil-constitucional das relações familiares, veja TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395-417.

⁷⁰ Segundo a doutrina de Pietro Perlingieri, “O merecimento da tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida. Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem, tutelam e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres.” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 244-245).

⁷¹ Cf. TAVARES, José de Farias. Novo Código Civil e família informal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 19, ago./set. 2003, p. 6.

constitucional, porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. Desempenha, portanto, funções reconhecidamente familiares⁷². Exatamente por isso, a Constituição Federal de 1988, que elegeu a promoção da cidadania como um dos seus objetivos principais, reconheceu a inserção das várias representações sociais da família, a valorização do sujeito de direito, no seu sentido mais profundo e ético, colocando a inclusão como imperativo da democracia.

Como afirma Paulo Luiz Netto Lôbo⁷³, a proteção da família é proteção mediata, ou seja, no interesse da realização existencial e afetiva das pessoas. Não é a família *per se* que é constitucionalmente protegida, mas o *locus* indispensável de realização e desenvolvimento da pessoa humana.

Sob o ponto de vista do melhor interesse da pessoa, não poderiam ser protegidas apenas algumas entidades familiares e desprotegidas outras, pois essa exclusão refletiria nas pessoas que integram as famílias não convencionais por opção ou por circunstâncias da vida, comprometendo, assim, o princípio da dignidade humana.

3 A família e o princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, embora consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos “fundamentos da República”, explicitado no art. 1º, inc. III, não exsurge como um princípio novo ou moderno; ao contrário, remonta há muitos séculos.

Percorrendo-se a história, identifica-se que foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a idéia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo⁷⁴.

⁷² Cf. OLIVEIRA; MUNIZ, *Curso de...*, p. 20-21.

⁷³ Cf. LÔBO, *Entidades...*, p. 7.

⁷⁴ Pesquisa histórica realizada por MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-143. A autora, no presente artigo, reflete de forma profunda sobre os contornos e os limites desse princípio que norteia a ordem jurídica.

Na linha do magistério de Miguel Reale, é da autoconsciência da dignidade do homem que nasce a idéia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas fundamentalmente pelo significado ou sentido da existência⁷⁵.

O pensador Immanuel Kant já dizia em sua clássica obra “Crítica da Razão Prática”, que “alguém é digno da posse de uma coisa ou de um estado quando o fato de estar nessa posse está em conformidade com o sumo bem”.⁷⁶

No cenário jurídico brasileiro, a família detém uma proteção especial “na medida em que a Constituição destaca o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana”⁷⁷. Exatamente, por isso, merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes.⁷⁸ As relações familiares, portanto, passaram a ser funcionalizadas⁷⁹ em razão da dignidade de cada partícipe.

A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em idéias pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.⁸⁰

Em verdade, emerge da dignidade da pessoa humana a liberdade de escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial. Não pode o legislador definir qual a melhor ou a mais adequada.⁸¹

⁷⁵ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8 e. São Paulo: [s.n.], 1978, p. 211.

⁷⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 140.

⁷⁷ Cf. TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEMAS de Direito Civil. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 371.

⁷⁸ Cf. *Ibidem*, p. 373.

⁷⁹ Segundo magistério de Paulo Luiz Netto Lôbo, “a realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram, ou desempenham papel secundário”. (LÔBO, Entidades..., p. 155).

⁸⁰ Cf. GAMA, *O Companheirismo...*, p. 57.

⁸¹ Cf. LÔBO, op. cit., p. 5.

A comunidade jurídica lutou por quase 100 anos para que o legislador admitisse que a união entre homem e mulher, *à imagem e semelhança do casamento*, não é uma sociedade comercial, e sim uma entidade familiar, porque a união estável é reflexo do casamento.⁸²

Elegendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana⁸³, de forma revolucionária, a *Lex Fundamentalis* alargou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros ou descendentes, sejam estes frutos do casamento ou não.⁸⁴

É na seara da dignidade da pessoa humana que reside a valorização do vínculo afetivo nas relações familiares. Traduzindo-se as relações afetivas como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, há de serem encontradas alternativas que visem a assegurar os reclames individuais face à ingerência estatal na regulação das relações afetivas.⁸⁵

Deste modo, a entidade familiar deve, efetivamente, promover a dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade.⁸⁶ Deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente em laços de afetividade, pois à outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional, especialmente do art. 1º, inc. III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.⁸⁷

Nesse contexto, destaca-se a união estável, protegida e legitimada pelo Estado exatamente por se consubstanciar em uma das formas de entidade familiar, *locus* onde se encontram os valores necessários ao desenvolvimento da pessoa humana, como no matrimônio, e da qual decorrem inúmeras conseqüências jurídicas.

⁸² WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos na união estável*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 13.

⁸³ Interessante destacar, sinteticamente, as diretrizes básicas da Constituição portuguesa em relação à dignidade da pessoa humana: a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) cada pessoa vive em relação comunitária, mas a dignidade que possui é dela mesma, e não da situação em si; c) o primado da pessoa é do ser, não do ter; d) só a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; e) a proteção da dignidade das pessoas está para além da cidadania portuguesa e postula uma visão universalista da atribuição de direitos; f) a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas (Cf. MIRANDA, *Manual de...*, p. 168-169).

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: TEMAS atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 23.

⁸⁵ Cf. ZANELATO, Ezequiel Paulo. O afeto como fator preponderante para a manutenção da sociedade conjugal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 28, fev./mar. 2005, p. 48.

⁸⁶ Cf. FARIAS, op. cit., p. 23.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 28.

Como muito bem ensina Pietro Perlingieri, é a função serviente da família que explica o papel da intervenção do Estado na comunidade familiar. Pondera ele: “Ela se traduz, em geral, na necessidade de que seja respeitado o valor da pessoa na vida interna da comunidade família. Isso não por um motivo de Estado, nem “de família”, isto é, por uma razão superior ao interesse das partes, mas porque a comunidade deve inspirar-se, como qualquer formação social, no princípio da democracia.”⁸⁸

Por fim, segundo entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, cumpre destacar que a dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente de sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas⁸⁹.

Assim, a idéia de reposição da dignidade da pessoa humana como valor supremo não significa, por outro lado, o abandono da regulação acerca do patrimônio. Esse fenômeno da despatrimonialização não significa a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico privado, mas sim uma visão do foco exclusivamente dos interesses patrimoniais para uma visão mais atenta aos valores existenciais.

Nesse sentido, cumpre destacar o reconhecimento legal e constitucional das uniões afetivas estáveis entre o homem e a mulher como entidades familiares, recebendo do Estado a mesma tutela conferida às famílias derivadas do casamento.

⁸⁸ PERLINGIERI, *Perfis...*, p. 246.

⁸⁹ GAMA, *Direito de...*, p. 11.

II – O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

1 Conceito de união estável

É importante recordar que o Código Civil de 1916⁹⁰ somente reconhecia a união entre o homem e a mulher formada pelo casamento civil, sendo que as uniões formadas fora do casamento, ou seja, quando ambos ou apenas um deles fosse casado, eram concebidas como concubinato⁹¹. Foi diante da modificação dos fatos, da nova realidade social, que a jurisprudência teve de ir se adaptando a essa nova união, para garantir direitos patrimoniais dela decorrentes e não admitir o enriquecimento sem causa, passando, assim, a aceitar a então denominada sociedade de fato.

Com tal evolução, passou-se a admitir duas espécies de concubinato: a) **concubinato puro**, concebido como uma união duradoura, sem casamento, entre homem e mulher, constituindo-se a família de fato - assim acontece, por exemplo, quando se unem os solteiros, os viúvos, os separados judicialmente ou de fato, desde que respeitada a outra união concubinária; b) **concubinato impuro**, se for adúlterino, incestuoso ou desleal, como a de um homem casado ou concubinado que mantenha, paralelamente a sua família legítima, outro relacionamento amoroso⁹².

Embora os diversos conceitos criados pela doutrina para definir a união estável⁹³, bem como as características largamente discutidas, diariamente os juízes e Tribunais deparam-se com situações de dúvidas e incertezas no reconhecimento de relações amorosas que signifiquem efetivamente uma entidade familiar.

⁹⁰ O Código Civil de 1916 tinha uma posição absolutamente insuficiente e ineficiente sobre a matéria, na medida em que associava o concubinato a uma relação adúlterina, a partir de uma visão negativa, patriarcal e hierarquizada da família.

⁹¹ Sobre o concubinato e sua evolução no direito brasileiro, veja valorosa análise desenvolvida por CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre: à luz das Leis 8.871/94 e 9.278/96*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1999, p. 53-62.

⁹² Distinção realizada por AZEVEDO, *Estatuto...*, p. 190.

⁹³ Sobre a evolução vivenciada pela hoje união estável, outrora, concubinato, veja as quatro fases que revelam o tratamento diferenciado dispensado pelo legislador pátrio à matéria, discorrida pelo autor LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 5: Direito de Família, p. 420-429.

Fernando Malheiros Filho⁹⁴, descrevendo a união estável, aduz que “por ela significar a consolidação de um relacionamento de trato sucessivo ao longo dos anos, não produz efeitos no dia seguinte ao seu início, mas somente após a referida sedimentação dos acontecimentos, por vários anos, quando, uma vez consolidada, aí, sim, faz retrotrair seus efeitos, em peculiaríssima situação jurídica.”⁹⁵

Rainer Czajkowski⁹⁶, discorrendo sobre união estável, define:

União livre, para ser entidade familiar, deve ser estável, isto é, prolongar-se por certo tempo. Tal qualidade deve ser considerada imprescindível na formação das chamadas famílias informais, por duas razões distintas. A primeira é a previsão literal da Constituição que, coerentemente, condiciona a equiparação de uniões livres a entidades familiares ao preenchimento do requisito da estabilidade ou durabilidade. A segunda razão advém de uma constatação bastante lógica, extraída da observação das relações humanas. A subsistência de uma relação íntima entre um homem e uma mulher, com o passar do tempo, cristaliza até presuntivamente uma noção de seriedade, de solidez. A duração de tal relação por si demonstra que resistiu a momentos difíceis, que são aqueles que melhor propiciam o reconhecimento mais profundo dos parceiros. Relação estável é aquela que subsistiu aos arroubos da paixão, ultrapassando fronteiras de simples namoro inconseqüente ou de satisfação puramente sexual.

José Lamartine de Oliveira e Francisco José Muniz⁹⁷, conceituam a união estável “como uma comunhão de vida, em que dominam essencialmente relações de sentimentos e de interesses da vida em conjunto que se estendem ao campo econômico, traduzindo o estreito e íntimo vínculo de coesão entre os conviventes.”

Para Francisco José Cahali, a união estável “é o vínculo afetivo entre o homem e a mulher, como se casados fossem, com as características inerentes ao casamento, e a intenção de permanência da vida em comum”.⁹⁸

Neste sentido também é a lição de Mário Aguiar Moura:

⁹⁴ MALHEIROS FILHO, Fernando. *União estável*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 23.

⁹⁵ Em que pese a abalizada opinião do autor acima citado, é certo que a união estável pode sim produzir efeitos desde o seu início, não sendo necessário a vivência de anos para a sua caracterização, visto que não há requisito temporal exigido em lei, mas a configuração de todos os seus requisitos.

⁹⁶ CZAJKOWSKI, *União...*, p. 68.

⁹⁷ OLIVEIRA; MUNIZ, *Curso de...*, p. 79.

⁹⁸ CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 82.

Companheira... é a mulher que une seu destino ao do homem solteiro, viúvo, desquitado ou simplesmente separado de fato da mulher legítima. Sua característica está na convivência de fato, como se casados fossem aos olhos de quantos se relacionem com os companheiros de tal união. Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto, com durabilidade. O vínculo entre os companheiros imita o casamento, ou, no dizer tradicional, é 'more uxorio'. Todo o relacionamento se faz às claras, sem ocultação. Os dois freqüentam a sociedade onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher.⁹⁹

A Constituição Federal, premida pela realidade das uniões estáveis, insere-as no mesmo regime de família nupcial, como meio de dignificar os conviventes estáveis, considerando que a família é lugar de humanização do ser humano¹⁰⁰.

Com o crescimento das uniões de fato¹⁰¹, a Constituição Federal de 1988¹⁰² garantiu-lhe a proteção estatal, advindo, posteriormente, duas novas leis, Lei nº 8.971/94 e Lei nº 9.278/96, sendo, finalmente, recepcionada no Código Civil de 2002 a união estável, cujas características serão a seguir explicitadas.

2 Características e requisitos da união estável

Necessário referir que a doutrina e a jurisprudência misturam as características e os pressupostos da união estável, ou seja, tanto as características como os pressupostos confundem-se, devendo ser concebidos como elementos caracterizadores imprescindíveis ao seu reconhecimento.

O que importa é que essa divisão e definição doutrinárias não alteram os requisitos básicos que devem existir para se conceber o companheirismo.

⁹⁹ MOURA, Mário Aguiar. Concubina ou companheira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 519, p. 294, jan. 1979.

¹⁰⁰ Cf. CARMO, Jairo Vasconcellos do. A Autonomia da União Estável e de seu Regime Jurídico face ao Concubinato. *Seleções Jurídicas da COAD*, v. 4, p.18-19. apud PARIZATTO, João Roberto. *União Estável: os direitos e deveres dos concubinos*. 4. ed. rev. e atual. com o novo Código Civil. Ouro Fino: Edipa, 2002, p. 6-7.

¹⁰¹ "A união estável e a união livre são fontes das relações de família, o que vem a derrubar a tese de que a única fonte da família é o matrimônio". FACHIN, L. E., *Elementos...*, p. 67.

¹⁰² De acordo com a doutrina de Rainer Czajkowski, "caracterizar uniões livres estáveis como entidades familiares não é revolucionário. Se a Constituição de 88 o fez, foi para dar foros de legalidade a um fenômeno social e humano". (CZAJKOWSKI, *União...*, p. 14).

Deixando de lado essa diferenciação muito mais teórica do que útil, o que realmente deve ser levado em consideração é a presença desses elementos para caracterizar ou desfigurar a união estável como tal.

Portanto, para que se configure a união estável é mister a presença dos seguintes elementos essenciais¹⁰³: 1) continuidade das relações sexuais, desde que presente, entre outros aspectos, a estabilidade, ligação permanente para fins essenciais à vida social, ou seja, aparência de casamento; 2) ausência de matrimônio civil válido entre os parceiros; 3) notoriedade de afeições recíprocas, afirmando não se ter união estável se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais; 4) honorabilidade, reclamando uma união respeitável entre os parceiros; 5) fidelidade presumida da mulher ao homem, e vice-versa, o que revela a intenção de vida em comum; 6) coabitação, uma vez que a união estável deve ter a aparência de casamento, com ressalva à Súmula 382¹⁰⁴.

Segundo o doutrinador Guilherme Gama¹⁰⁵, as características da união estável são: finalidade de constituição de família; estabilidade; unicidade de vínculo; notoriedade; continuidade; informalismo ou ausência de formalidades; e fidelidade, conforme se analisará:

1) finalidade de constituição de família: está ínsita na idéia de constituição de família o desejo dos conviventes de partilharem a mesma vida¹⁰⁶, dividindo as alegrias e as tristezas, os sucessos e os fracassos, a riqueza e a pobreza, enfim, formarem um novo organismo distinto de suas individualidades, incluindo, especialmente, a procriação.

Nada mais é do que a *affectio maritalis*¹⁰⁷, ou seja, a vontade dos conviventes de

¹⁰³ Esses elementos essenciais foram retirados da doutrina de DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 223-224.

¹⁰⁴ Súmula 382: A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.

¹⁰⁵ GAMA, *O Companheirismo...*, p. 156-169.

¹⁰⁶ “Assim, relações sociais abertas, ou promíscuas, não formam família porque não atendem ao fundamento mais elementar da organização dessa entidade.” São as palavras de CZAJKOWSKI, *União...*, p. 25.

¹⁰⁷ Sobre a comprovação processual da *affectio maritalis*, vide interessante ementa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: União Estável. Para que fique caracterizada a união estável, de forma a conferir aos conviventes os direitos previstos na Lei no 9.278, de 10-05-1996, inclusive os do artigo 5º, *caput*, no qual se embasa a pretensão autoral, é necessário que a união tenha caráter de exclusividade, afastada no caso, por ter ficado comprovado que o Réu residia simultaneamente com sua esposa e com a Apelada. Em que pese a jurisprudência desta Corte entender desnecessária coabitação para a comprovação da vida *more uxorio*, não houve sequer comprovação da *affectio maritalis*, o que poderia ser alcançado através de documentos tais quais comprovantes de compras em supermercado, rateio de despesas, relação de dependência de algum litigante em plano de saúde, previdenciário, securitário, dentre outros elementos. Inexistência, também, de prova de que o

formarem uma família, de viverem como se casados fossem. Revela-se como pressuposto imprescindível para a caracterização da união estável, já que as relações amorosas em que não há esse comprometimento podem ser caracterizadas como qualquer outra espécie de relação amorosa, como meros namoros, namoros qualificados, noivados, porém, certamente não se configuram em união estável.

Encontra-se excelente definição para a *affectio maritalis* em uma decisão de nosso Tribunal de Justiça, que a coloca como uma *verdadeira parceria de afetos*¹⁰⁸, em que são efetivamente divididas as vidas, tanto no que tange às alegrias, como tristezas, preocupações e interesse comuns.

2) estabilidade: no sentido de que a união seja duradoura¹⁰⁹, não podendo se revestir da característica da instabilidade. Não pode ser efêmera, passageira, formada a título experimental, embora o início dessa relação afetiva se dê, em larga escala, a título experimental.

3) unicidade de vínculo: deve se tratar de uma união monogâmica. As uniões adulterinas ou incestuosas não podem ser tratadas como espécie de família¹¹⁰, justamente por

imóvel cuja meação se pretende tenha sido adquirido pelo esforço comum dos litigantes, de forma a caracterizar a sociedade de fato de que trata a Súmula no 380 do Egrégio Supremo Tribunal Federal. Embora a questão versada no processo demande trabalho ao advogado no esforço de coligir provas, justificando o arbitramento da verba honorária sucumbencial acima do mínimo previsto no § 3º do artigo 20 do CPC, a matéria de direito não é complexa de forma a justificar sua fixação no patamar máximo. Conhecimento e desprovisionamento da Apelação e do Recurso Adesivo (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Sexta Câmara Cível. 2006.001.31687-Apelação Cível Relator: Des. Mario Robert Mannheimer. Julgamento: 03 maio 2007)

¹⁰⁸ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. A união estável, para ser reconhecida, necessita preencher os requisitos legais, mostrando-se permanente, pública, notória, com lealdade e, sobretudo, se deve flagrar um **concreto objetivo de constituição de família**, com interesses e preocupações comuns, *verdadeira parceria de afetos*. Faltando-lhe um dos requisitos, no caso a publicidade e a notoriedade, não remanesce a pretensão esgrimida na inicial. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (RI GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível Apelação Cível Nº 70010977114. Relatora: Walda Maria Melo Pierrô. Julgado em: 24 nov. 2005) (grifo meu)

¹⁰⁹ EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. PRESSUPOSTOS. PROVA. INOCORRÊNCIA. 1. Não constitui **união estável** o relacionamento entretido por algum tempo, mas sem coabitação e sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 2. A **união estável** assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e **estabilidade**, mas sobretudo um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. 3. Somente assim a relação é apta para produzir as seqüelas jurídicas albergadas pelas Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e art. 1.723 do CCB. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70015048382. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 02 ago. 2006) (grifo meu)

¹¹⁰ Nesse sentido: Dissolução de sociedade de fato. União adulterina. **A união adulterina, em que sequer há separação de fato de um dos amantes, não admite a proteção do direito de família**, devendo reger-se pelo direito obrigacional. Enquanto não separado de fato, submete-se o cônjuge a todos os efeitos do casamento, compreendidos nestes, os deveres legais e morais e também os direitos patrimoniais dos consortes.

contrariarem valores morais, adotados pela sociedade e reconhecidos juridicamente.

4) notoriedade: a união deve ser reconhecida socialmente, ainda que por um grupo restrito, como se casados fossem.

Embora a notoriedade não se confunda com publicidade¹¹¹, deve a relação ser conhecida por um número considerável de pessoas, de forma que a relação não seja clandestina ou revestida de mistério¹¹².

Por mais que alguns doutrinadores manifestem-se pela dispensabilidade do reconhecimento público da união, revela-se majoritário o entendimento que orienta, exista, ao menos, uma exposição notória do relacionamento perante a família e amigos. Causa estranheza a circunstância de existir uma união estável desprovida de notoriedade perante a sociedade onde vivem, demonstrando fortes dúvidas para o reconhecimento da relação como tal.

Portanto, o elemento decisivo para se julgar notória a relação é a aparência da vida conjugal ou familiar que se traduz, na maioria das vezes, por uma comunhão de vida sob o mesmo teto. É aquela que se dá a conhecer no seu meio social¹¹³, ou seja, que aos “olhos” das pessoas que com eles convivem, o casal se apresenta ou se comporta como se casado fosse¹¹⁴.

5) continuidade: no sentido de que a união seja ininterrupta¹¹⁵, potraindo-se no

Indenização por serviços prestados. Descabimento. Vem a Corte de Justiça do RS se orientando no sentido de rejeitar pedidos de indenização por serviços prestados, no desfazimento de uniões estáveis, pois seria privilegiar a união livre em detrimento dos casados, que não têm assegurado tal direito. Apelo desprovido. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 595201849. Sétima Câmara Cível. Relator: Paulo Heerdt. Julgado em: 17 abr. 1996) (grifo nosso)

¹¹¹ EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. AFFECTIO MARITALIS. **NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO**. PROVA. 1. Se o relacionamento perdurou por uma década aproximadamente, assemelhando-se a um casamento de fato, com clara comunhão de vida e de interesses, resta indubitosa a affectio maritalis. 2. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento, imperioso o reconhecimento da união estável havida entre a autora e o de cujus, emprestando-lhe todas as seqüelas jurídicas. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70016315921. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 18 out. 2006) (grifo meu).

¹¹² BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. São Paulo: LEUD, 1985, p. 88.

¹¹³ OLIVEIRA; MUNIZ, *Curso de...*, p. 84.

¹¹⁴ MAGALHÃES. Rui Ribeiro de. *Direito de família no novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 280.

¹¹⁵ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO. UNIÃO ESTÁVEL. CONTINUIDADE. A prova carreada bem demonstra a união estável, mesmo que esta não fosse repleta de harmonia. Inocorrência de interrupção do lapso temporal, mormente quando o instituto da união

tempo, sem lapsos. Deve ser permanente, não no sentido da perpetuidade, mas sim para efeito da verificação da solidez do vínculo, não sujeito a abalos e deslizos em decorrência das intempéries comuns na vida a dois.

Importante destacar que essa continuidade não se descaracteriza se ocorrerem breves rupturas da vivência com pronta reconciliação. Da mesma forma como no matrimônio podem suceder-se separações não muito prolongadas, com reconciliações, também esses hiatos na vida em comum devem ser tolerados como desentendimentos ocasionais. O próprio retorno à convivência serve de fator de consolidação da estabilidade¹¹⁶.

6) informalismo ou ausência de formalidades: A união estável é tipicamente livre na sua formação, independe de qualquer formalidade¹¹⁷, bastando o fato em si, de optarem, homem e mulher, por estabelecer vida em comum¹¹⁸. Em verdade, basta o consentimento mútuo dos conviventes em agirem como marido e mulher, devendo restar identificada a vontade dos conviventes direcionadas para esse fim.

Embora a facilidade para a formação da união estável, em razão do informalismo que lhe é característico, quando de sua dissolução surgem as dificuldades para a efetivação de sua prova.

7) fidelidade: A fidelidade no companheirismo envolve o dever de lealdade entre os seus partícipes¹¹⁹, sob os aspectos físico e moral, no sentido de abster-se de manter relações

estável equipara-se ao casamento. Desproveram o primeiro apelo e não conheceram do segundo. (9fls.) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação cível nº 70000140061. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 13 out. 1999)

¹¹⁶ MOURA, Mário Aguiar. *Concubinato*. São Paulo: Aide, 1987, p. 47.

¹¹⁷ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. ALEGADO COMPANHEIRO FALECIDO. RELACIONAMENTO NEGADO PELA SUCESSÃO. A união estável é um meio de formação de entidades familiares que, se assemelhando ao casamento, enseja a atribuição de direitos e deveres mútuos no âmbito pessoal e patrimonial e é uma relação eminentemente fática, cuja constituição se dá dia após dia. A análise conjunta dos elementos trazidos ao processo gera a convicção judicial acerca da existência da união estável, com especial destaque à declaração do varão, qualificando a autora como sua companheira em carta proposta para aquisição de seguro. **A informalidade própria das uniões estáveis** faz com que o elemento volitivo seja traço fundamental na caracterização do companheirismo. NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70016272999, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 08 nov. 2006) (grifo meu)

¹¹⁸ Excelente explicação quanto à ausência de formalidade para a caracterização da união estável foi realizada pelo autor OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável: do concubinato ao casamento – antes e depois do novo Código Civil*. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003, p. 124-125.

¹¹⁹ EMENTA: A fidelidade no companheirismo envolve o dever de lealdade entre os partícipes, sob os aspectos físico e moral, no sentido de abster-se de manter relação sexuais com terceira pessoa, e mesmo de praticar condutas que indiquem este propósito, ainda que ano consume a traição. Envolve, portanto, tanto a

sexuais com terceira pessoa, e mesmo de praticar condutas que indiquem esse propósito ainda que não consume a traição. O Código Civil de 2002, em seu art. 1724¹²⁰, elencou o dever de lealdade como um dos deveres das relações pessoais entre os companheiros.

Neste contexto, cumpre destacar a análise realizada por Álvaro Villaça Azevedo¹²¹ a respeito do dever de fidelidade. Ele considera que em vez de falarmos em “fidelidade”, devemos mencionar o dever de lealdade recíproca, pois a lealdade é figura de caráter moral e jurídico, independentemente de cogitar-se da fidelidade, cuja inobservância leva ao adultério, que é figura estranha à união estável.

A fidelidade surge como característica das uniões livres estáveis, no sentido de que as relações íntimas entre o homem e a mulher tenham um caráter de exclusividade para ambos. Exige-se que a relação tenha esse caráter privativo porque isto reflete a seriedade da vinculação, a expectativa de torná-la estável e, mesmo um mínimo ético de respeito e dignidade fundamental em qualquer ambiente ou relação familiar a que se queira atribuir a designação de familiar.¹²²

Outros autores consideram que, além dessas características necessárias à constituição da união estável, outras, também, fazem-se imprescindíveis para o seu reconhecimento, tais como:

*** diversidade de sexos:**

A Constituição Federal é absolutamente clara ao fazer expressa menção à “união estável entre homem e mulher”, não podendo, assim, serem concebidas como união estável as uniões homossexuais¹²³. Em que pese as uniões homoafetivas¹²⁴ mereçam proteção jurídica,

infidelidade material quanto a moral. Sabendo a mulher que o companheiro tinha relacionamento fora da relação concubinária, dele não cobrando fidelidade, contribui para que o seu relacionamento não possa ser considerado uma união estável. Estava na casa do varão simplesmente para cuidar dos filhos deste e responsabilizar-se pelos serviços domésticos. A fixação dos alimentos exige a comprovação da necessidade. Apelo provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 598044584. Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira. Julgado em: 23 set. 1999)

¹²⁰ Art. 1724: As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

¹²¹ AZEVEDO, *Estatuto da...*, p. 189.

¹²² CZAJKOWSKI, *União...*, p. 80.

¹²³ “Pensão por morte derivada de união homossexual – Servidor público segurado pelo Ipesp – Demanda objetivando o reconhecimento de parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, com reflexos jurídicos, no caso, o direito do parceiro supérstite de receber pensão – Extinção sem julgamento do mérito – Correção. Nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais (inclusive o novo Código Civil) albergam o recebimento jurídico da união homossexual. Pelo Contrário, mencionam que a união estável protegida deve ser entre

fundamentalmente no que diz respeito às questões patrimoniais, para evitar o locupletamento de qualquer das partes, não pode ser aplicada a legislação pertinente à união estável a essas uniões.

*** inexistência de impedimentos matrimoniais:**

Primeiramente, cumpre destacar que o novo Código Civil provocou alteração substancial no sistema de classificação do rol de impedimentos para o casamento, no que tange à divisão dos impedimentos.

Os impedimentos matrimoniais, outrora elencados no art. 183 do antigo estatuto, estão hoje definidos no art. 1521 do atual Código Civil.

Considerando-se a previsão legal do art. 1723, parágrafo 1º.¹²⁵, do CC, aplicam-se os mesmos impedimentos matrimoniais à união estável, diante da referência feita ao art. 1521, exceto o constante do art. 1521, inciso VI, do Código Civil.

Embora seja fato corrente na doutrina que as uniões adúlteras não recebem a mesma proteção conferida à união estável¹²⁶, não é repetitivo frisar que o objetivo do ordenamento jurídico é exatamente o de não valorar como espécie de família as uniões incestuosas, por contrariarem valores e sentimentos morais adotados pela sociedade¹²⁷. Nesse sentido, por

homem e mulher. Os projetos de lei sobre o tema não podem embasar decisão judicial por tratar-se de lege ferenda. Impossibilidade jurídica do pedido. Aplicação do inc. VI do art. 267 do CPC. Recurso improvido.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª. Câm. de Direito Público. ApCív 297.131-5/9-00. Relator: Guerieri Rezende. Julgado em: 10 mar. 2003).

¹²⁴ Sobre o tema consultar a obra de DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito, a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹²⁵ Art. 1723, parágrafo 1º.: A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

¹²⁶ EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINATO ADULTERINO. VARÃO QUE SE MANTEVE CASADO. ALIMENTOS À CONCUBINA. DESCABIMENTO. 1. Se o varão se manteve casado, morando com a esposa e sem dela se afastar, não se pode reconhecer a relação lateral mantida com a autora como união estável. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. 2. Inexiste obrigação de prestar alimentos quando não comprovada a união estável narrada na petição inicial. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70015015399. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 19 jul. 2006)

¹²⁷ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. Relação extraconjugal mantida pelo falecido. Conhecimento da concubina de que o *de cuius* não havia rompido relacionamento com a esposa e filhos. Relação adúltera sem amparo na legislação. Impossibilidade de serem estendidos os efeitos da união estável, em vista da opção das partes em se manterem na clandestinidade, sem intuito de constituir família. Recurso desprovido, por maioria, vencido o Des. Trindade. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava

conseqüência, elas se caracterizam como ato impeditivo à configuração da união estável.

*** coabitação:**

Embora muitos doutrinadores não concebam a coabitação como requisito da união estável, em razão de que, até no casamento, alguns casais preferem viver em residências distintas, para o “bem da relação”, esse é um pressuposto importante para definir se a relação estabelecida pelas partes é efetivamente uma união estável, ou apenas um namoro qualificado, já que, no caso, as pessoas costumam, freqüentemente, pernoitar no lar uma da outra.

O Código Civil ao deduzir os requisitos da união estável¹²⁸ não consagrou o dever de coabitação¹²⁹ entre os companheiros como seu pressuposto. Nesse sentido, concebe-se que a coabitação é tratada como elemento não-essencial à caracterização dessa entidade familiar¹³⁰.

Todavia, a admissão de qualquer relacionamento sem a verificação da coabitação torna muito tênue os limites entre o namoro e o relacionamento comprometido com o objetivo de estabelecer família.¹³¹ Em muitos casos, a dificuldade em reconhecer a existência de uma união estável está exatamente na circunstância de os conviventes morarem em residências distintas.

A coabitação, mesmo com a reviravolta dos costumes, continua sendo o grande

Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70006789226. Relator: Catarina Rita Krieger Martins. Julgado em: 11 dez. 2003).

¹²⁸ Art. 1723 do CC: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹²⁹ EMENTA: União estável. Alimentos. Partilha de bens. Separação de corpos. Se o relacionamento da autora com o réu, pessoa bem mais velha, perdurou por lapso de tempo inferior a seis meses e sem coabitação, evidentemente não se pode dele extrair a convicção de que pretendiam fundar uma família, sendo descabidos os pedidos de alimentos, por inexistir título obrigacional, e de arrolamento de bens, pois sociedade de fato também não houve já que a autora admite que não concorreu para a aquisição de qualquer bem, sendo absolutamente inócuo o pedido de alvará de separação de corpos, seja porque o par esta separado (se é que em algum momento conviveu), seja por inexistir o dever de coabitação. Recurso desprovido. (Segredo de justiça - fls.6) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70004275558. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 21 ago. 2002).

¹³⁰ Nesse sentido: União Estável. Duas residências. Reconhecimento. O fato de o casal ter duas residências, não inviabiliza o reconhecimento da união estável, mormente quando a prova testemunhal e documental demonstra suficientemente a convivência do casal por longos quatorze anos. Negaram provimento. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70001677673. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 21 dez. 2000).

¹³¹ É a conclusão de SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. *Alimentos decorrentes da união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 39.

critério diferenciador, embora não imprescindível, para caracterizar uma união estável¹³².

Em razão disso, é possível afirmar que os casais que se negam à coabitação buscam, não raro, esquivar-se do desempenho das atividades recíprocas que dela resultariam como corolário do objetivo de constituir família e, sobretudo, manter a liberdade individual e sexual, circunstância incompatível com uma comunhão de vidas de caráter singular¹³³.

*** durabilidade da relação:**

No que tange ao tempo da relação para a configuração da união estável, inexistente um período determinado em lei para que lhe reconheçam efeitos de uma união de direito¹³⁴.

Conforme ensinamento de Rodrigo da Cunha Pereira¹³⁵,

o tempo necessário para a caracterização dessas relações é aquele em que, em cada caso, se verificar uma estabilidade e durabilidade das uniões [...] Devemos nos desprender da idéia de um tempo fixo e rígido para a caracterização de tais relações, pois este é apenas um dos elementos que,

¹³² Interessante registrar que Fernando Malheiros Filho concebe a coabitação como requisito virtualmente indispensável à consolidação do objetivo de constituir família, em virtude de que sem ela o vínculo não se produz; não há amálgama fundamental ao fenômeno jurídico com colorido jurídico. Afirma que é justamente na convivência diuturna que o par descobre-se compatível, capaz de decidir acerca de um futuro comum, e principalmente tolerar-se reciprocamente por prolongados períodos, dando sustento a uma duradoura união (MALHEIROS FILHO, Fernando. O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, jun. 2005, p. 90).

¹³³ Nesse sentido: UNIÃO ESTÁVEL. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. Para caracterizar uniões estáveis não basta que as relações sejam públicas, contínuas e duradouras. É fundamental - e aqui repousa a distinção entre os namoros com maior intimidade e prolongada duração - a presença do objetivo de constituição de família. Na feliz concepção de Ortega y Gasset, o indivíduo compõe-se por suas circunstâncias existenciais. Ninguém é uma ilha fora do tempo, do espaço e das relações interpessoais. Assim, se duas pessoas não assumem integralmente as circunstâncias de vida uma da outra não se caracteriza a entidade familiar denominada união estável. Morando cada um, ao longo de vários anos, em residências separadas, sem que haja justificativa razoável para tanto, descaracteriza-se o intuito de formar família, que se faz presente na convivência diária, no partilhar dos bons e maus momentos, na solidariedade cotidiana. DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E JULGARAM PREJUDICADO O SEGUNDO, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70007711815. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 19 maio 2004).

¹³⁴ EMENTA: União estável. Dissolução. Partilha. Alimentos. 1. Ha de se reconhecer a existência da união estável mantida pelas partes, inobstante o pouco tempo de convivência, quando o próprio requerido reconhece que ele e a autora viviam como se casados fossem, havendo a coabitação, o dever de fidelidade, a confiança e a publicidade desta convivência. 2. Reconhecida a união estável entre autora e réu, devem ser partilhados os bens amealhados por eles durante a constância da união de fato. 3. Para a obtenção de pensão alimentícia, a ex-companheira deve implementar seus pressupostos viabilizadores. Assim, sendo a autora pessoa jovem com plena capacidade laboral, fica descaracterizada a necessidade aos alimentos. Apelo provido, em parte. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 598177913. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em: 30 set. 1998)

¹³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 79-80.

somado a outros, irão contribuir para a conceituação de união estável, passível de proteção do Estado e das mencionadas leis. Nenhum julgador, com um mínimo de bom senso, considerará estável uma relação de um ou dois anos, ou mesmo de dez anos, se estas constituem apenas um namoro, se não há ali os necessários, inclusive psíquicos, estruturadores de uma família.

Nesse sentido, um relacionamento de seis meses¹³⁶, embora de curta duração, pode-se constituir em uma união estável, desde que a intenção dos conviventes seja de efetivamente constituir família, devendo, por essa circunstância, ser a situação examinada pelo Juiz no caso concreto.

*** elemento subjetivo:**

Conforme ensina Rainer Czajkowski¹³⁷, neste requisito concentram-se aspectos como o respeito e a consideração, a assistência moral e a convivência. Neles, há sempre um substrato comum que é o afeto, o amor, o vínculo psicológico e emocional entre o homem e a mulher. Como ele bem define, o conteúdo essencial da união, para fins de família, é o vínculo afetivo¹³⁸.

Todos esses pressupostos da união estável são fundamentais para a sua caracterização, ademais, um outro elemento importante deve ser ressaltado para a sua configuração: a autonomia privada, consoante se discorrerá adiante.

3 A autonomia privada e a união estável

No direito das obrigações, a autonomia privada representa um dos seus princípios fundamentais, significando o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de

¹³⁶ EMENTA: Apelação. Recurso adesivo. União estável. Dispensa prazo determinado. Não é o prazo que caracteriza, mas notoriedade, continuidade, apoio mútuo, convivência sob o mesmo teto, e o intuito de constituir família. Partilha dos bens adquiridos na constância da união. Apelo e recurso adesivo desprovidos - voto vencido. (Segredo de Justiça - 5fls.) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível N.º 70004535258. Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos. Julgado em: 10 out. 2002)

¹³⁷ CZAJKOWSKI, *União...*, p. 75-76.

¹³⁸ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. Comprovada mera relação assistencial entre as partes, e não vínculo afetivo nos moldes de uma união estável, não há falar em entidade familiar, nos moldes preconizados pelo art. 1.723 do Código Civil. Negado provimento ao apelo. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível N.º 70011191814. Relatora: Maria Berenice Dias. Julgado em: 21 dez. 2005)

vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica¹³⁹.

Segundo o conceito clássico, enquanto dogma, a autonomia privada era entendida pela viabilidade de eleição entre contratantes, da oportunidade de se celebrar ou não o contrato. A moldura jurídica da autonomia privada apresentava um contorno instrumental a serviço do indivíduo, para que ele atingisse a escolha desejada.¹⁴⁰

Com o evoluir dos tempos, a autonomia privada¹⁴¹ sofreu modificações, não sendo mais possível ao instituto contratual indicar a autonomia da vontade enquanto dogma nuclear do ordenamento jurídico, tendo, assim, um perfil contemporâneo.

A autonomia privada libertou-se do dogma da vontade e se legitimou pela atuação econômica em conformidade com o momento historicamente determinado.¹⁴² Ela, hoje, carrega em seu bojo um fato objetivo, o poder – reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares – de auto-regular os seus interesses, determinando vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente assumidos.¹⁴³

De acordo com uma visão moderna, pode-se afirmar que a autonomia privada significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica.¹⁴⁴ Ela importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer entidade pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique lesão a direitos alheios.¹⁴⁵

¹³⁹ Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 22.

¹⁴⁰ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 170-171.

¹⁴¹ Arnaldo Wald ensina que a autonomia privada se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos autores modernos, podendo revestir o aspecto de liberdade de contratar e de liberdade contratual. A liberdade de contratar como sendo a faculdade de realizar ou não determinado contrato, referindo-se à possibilidade de realizar ou não um negócio; enquanto a liberdade contratual como sendo a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato (WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 162).

¹⁴² ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 27, jul./set. 2006, p. 283.

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 614-615.

¹⁴⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 154.

A evolução do princípio encontra seu fundamento na premissa de que as partes contratantes devem se encontrar em pé de igualdade. Como nem sempre isso ocorre, pelo fato de que, não raro, a parte mais fraca fica subjugada à mais forte, é que o novo Código Civil, na linha de evolução da doutrina e da jurisprudência, inovou ao prescrever, em seu art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos.”

Por tudo isso, o contrato passou a não ser mais visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade¹⁴⁶, característica de uma sociedade globalizada, que exige o reconhecimento de normas limitativas do avanço da autonomia privada, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana¹⁴⁷.

Embora seja no âmbito dos negócios jurídicos que a autonomia privada se manifeste de forma mais intensa, é fato incontroverso que também vigora em outros âmbitos materiais de regulação do direito privado¹⁴⁸, como no domínio das relações pessoais, abarcando as relações familiares.

Nessa seara, determinando-se a relação entre a autonomia privada e a união estável, destaca-se que na caracterização da união estável, o estatuto civilista, em seu art. 1.724¹⁴⁹, elenca os deveres dos conviventes, os quais são assemelhados aos do casamento, considerando precipuamente a **vontade de formar uma comunhão de vidas**¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 2, p. 406.

¹⁴⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42.

¹⁴⁸ Cf. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 191.

¹⁴⁹ Art. 1.724: As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

¹⁵⁰ Nessa seara de idéias, destaca-se: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. Inexistente prova de que a relação alegadamente mantida pela autora e pelo falecido se revestiu das características de publicidade, continuidade, durabilidade e objetivo de constituição de família, conforme exige o art. 1.723 do CCB. Não obstante o relacionamento amoroso entretido por eles, para que a convivência levada a efeito seja reconhecida como união estável se faz necessária ampla e segura demonstração de que o relacionamento é bem mais que um namoro e se assemelha em tudo e perante todos ao casamento. A união estável, sendo um fato, deve emergir indubitosa das evidências, visto que, ao contrário do casamento, que é um contrato, essa relação é um construída no dia-a-dia, onde a manifestação de vontade de seus integrantes se expressa tacitamente nos pequenos detalhes da convivência. NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70007302748. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 03 dez. 2003) (grifo meu)

Importante destacar que a manifestação de vontade revela-se pela conduta dirigida a estabelecer uma família, constituindo a reciprocidade dos “deveres” uma atividade orientada a atingir o interesse comum. O conteúdo dos deveres do casamento, porque convém à comunhão de vidas, deve concorrer nas uniões livres, que perseguem a mesma finalidade: criação de uma família. Assim, os companheiros perseguem finalidades comuns, estabelecendo atividades recíprocas.¹⁵¹

Nesse sentido, é possível questionar: **O que significa a autonomia privada na união estável?**

Na união estável essa autonomia privada constitui-se em elemento nuclear, visto que é a partir da expressão dessa vontade que se conclui se as partes efetivamente têm o intuito de viverem como uma entidade familiar, ou, se não passa de outra espécie de relação amorosa, como um namoro comum, um namoro qualificado, um noivado, uma relação trabalhista com a presença de sexo, dentre outros tantos tipos de relação que se poderia citar.

Maria Aracy Menezes da Costa brilhantemente defende que “para a constituição de uma entidade familiar é necessária a manifestação de vontade de ambos os seus componentes! E quando somente um deles “quer” e o outro “não quer”, não está perfectibilizada a manifestação de vontade! Como diz o ditado popular, “quando um não quer, dois não brigam” e numa “relação”, nada mais apropriado... Não existe “relação” de uma só pessoa...”¹⁵²

De grande relevância é o ensinamento que o hoje Ministro do Supremo Tribunal, Antonio Cesar Peluso, à época Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, realizou ao definir a união estável e sua relação com a vontade dos conviventes:

De regra, um homem e uma mulher não se atraem, entregam, nem vinculam sob firme ou fugaz expectativa de estabilidade e perseverança, compelidos por cálculos de proveitos econômicos, senão para satisfazer anseios de realização pessoal, citados por imperativos inconscientes e profundos, a cooperação decisiva é a pessoa do outro. É ela, enquanto presença, estímulo, amparo e refúgio, que, na aventura da parceria, possibilita, ou facilita, todas as outras aquisições, inclusive as de origem patrimonial. O jurídico, porque humano, consiste, pois, em que, embora não sendo mensurável com

¹⁵¹ Cf. SANTOS, F. A. O., *Alimentos...*, p. 30.

¹⁵² COSTA. Maria Aracy Menezes da Costa. *A autonomia da vontade nas relações amorosas*. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, 14., 2006 San Juan de Puerto Rico.

grandeza física, não deixe de se traduzir em valor econômico, quando se cuida de partilhar os frutos de uma comunhão de vidas, não os resultados financeiros de uma sociedade qualquer.¹⁵³

Evidencia-se, assim, que a autonomia privada apresenta um papel de grande importância na definição da união estável. Entretanto, por representar um elemento subjetivo e não ser possível acessar o inconsciente do indivíduo, é que se perquire a real vontade aliando-a às outras características enumeradas anteriormente.

Nesse sentido, é definitiva a lição de Konrad Hesse¹⁵⁴:

A liberdade privada da pessoa, que o direito civil pressupõe, e para cuja preservação e desenvolvimento dispõe normas e processos jurídicos, é requisito indispensável para as decisões responsáveis e para a própria possibilidade de decidir. Isso funda a enorme transcendência do direito privado para o direito constitucional. Na autodeterminação e na própria responsabilidade manifesta-se na essência o tipo de pessoa da que parte a lei fundamental e da que depende a ordem constitucional.

Em razão dessa necessidade de se perquirir que espécie de relação amorosa está se tratando: namoro, noivado, concubinato ou união estável, é que se destaca como primordial a manifestação da vontade dos envolvidos.

Passa-se a seguir à distinção entre duas dessas relações amorosas: união estável e namoro qualificado.

4 A união estável e o namoro qualificado

Uma questão de séria preocupação centra-se na dificuldade em distinguir união estável e namoro¹⁵⁵ qualificado. Pela presença de alguns requisitos em comum, é que tais espécies de

¹⁵³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª. Câmara Cível. Ap. Cível nº 145.071. Relator: Antonio Cezar Peluso.

¹⁵⁴ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional e derecho privado*, Tradução e introdução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, p. 86. apud GHELEN, Gabriel Mena Barretto Von. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 206.

¹⁵⁵ Consoante a doutrina de Ana Cecília de Paula-Soares Parodi, “o namoro é uma figura inerente ao *status* antropológico-social, atribuído tradicionalmente a um homem e uma mulher, livres, que se relacionam romanticamente, com vínculo assumido e de suposta exclusividade, independente da manutenção das relações sexuais, objetivando, além da interação afetiva, aprofundar o conhecimento a respeito da “pessoa amada”

relações amorosas confundem-se, o que se revela de profunda gravidade, pois, na ocorrência de tais hipóteses, pode vir a ser reconhecida como união estável uma relação que não passa de um namoro qualificado, gerando conseqüências patrimoniais dela decorrentes, porém, indevidas.

Exatamente em virtude de, em muitos casos, ser tênue a diferença entre a união estável e o namoro, é que os pretórios estão repletos de ações judiciais pretendendo o reconhecimento como união estável de uma “relação” que não preenche, em sua totalidade, os requisitos que a individualizam¹⁵⁶.

Washington de Barros Monteiro, discorrendo sobre a união estável, diferencia-a significativamente do namoro:

o conceito generalizado do concubinato, também chamado união livre, tem sido invariavelmente o de vida prolongada em comum, sob o mesmo teto, com aparência de casamento. Simples relações sexuais, ainda que repetidas por largo espaço de tempo, não constituem concubinato, que é manifestação aparente de casamento, vivendo os dois entes sob o mesmo teto, como se fossem casados.¹⁵⁷

A melhor definição encontrada para o namoro qualificado encontra-se na doutrina de Maria Aracy Menezes da Costa¹⁵⁸, que qualifica como namoro qualificado

mais do que namoro, e muito menos do que casamento ou união estável, sem se revestir das características do noivado; relação amorosa adulta, madura, consciente, em que o par voluntariamente opta por não assumir nenhum compromisso com o outro, apesar da publicidade da relação, e mesmo da continuidade; é, por exemplo, caso do par que sai em viagem de férias juntos, fazem viagens de fim-de-semana, e inclusive freqüentam festas familiares acompanhados do outro.

(PARODI, Ana Cecília de Paula Soares. *Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos*. Campinas: Russell, 2007, p. 123.

¹⁵⁶ EMENTA: AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. Ônus probatório da união imposto à parte autora, que não logrou demonstrar os fatos aduzidos na inicial. Aspectos de publicidade, continuidade, permanência e intuito de constituição familiar não demonstrados nos autos. Relacionamento afetivo entre a autora e o réu era tão somente um namoro, comprometendo o reconhecimento da união estável. Nos autos não consta qualquer fotografia do casal, não houve aquisição de bens em comum, e não há a indicação de indício forte que demonstre a intenção do réu de reconhecer a apelante como sua companheira. Sentença que se mantém (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara Cível. 2007.001.02929-APELAÇÃO CÍVEL. Relatora: Des. Maria Augusta Vaz. Julgamento: 17 abr. 2007).

¹⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 15-16.

¹⁵⁸ COSTA, Maria Aracy Menezes da Costa. A autonomia da vontade nas relações amorosas. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, 14, 2006 San Juan de Puerto Rico.

O fato é que diante de toda a liberdade sexual que se instaurou nas relações afetivas nos tempos atuais, meras relações sexuais entre homem e mulher, ainda que constantes, não servem, por si só, para a representação de uma entidade familiar¹⁵⁹.

Destaque-se que o namoro é uma experiência que poderá, ou não, se transformar em um compromisso com o sério propósito de constituição de família: dependerá exclusivamente das particularidades que vão se adicionando a esse namoro.

É possível aduzir como característica diferencial do namoro, a desnecessidade de convivência pública, contínua e, ainda, a inexistência do objetivo de constituir família. O propósito de edificar uma família é o marco entre essas duas espécies de relacionamentos afetivos.

Interessantíssima é a relação realizada por Fernando Malheiros Filho¹⁶⁰, quando diferencia o namoro e a união estável. Refere que a diferença de ambos não está na intensidade ou na qualidade dos vínculos que unem o par, porque é conhecido o desgaste dos laços afetivos, em função do tempo e do atrito que advém da convivência. O que realmente importa são as características externas que o casal decidiu dar ao relacionamento, são os fatores exteriores, aquilo que se permitiu fosse dirigido aos olhos circundantes, ou seja, o entrelaçamento de vidas e interesses.

Devido à existência dessa preocupação, de que um simples namoro não resulte em reconhecimento de uma relação afetiva na condição de conviventes, é que começam a ser analisados pela doutrina e jurisprudência a elaboração de “contratos de namoro”¹⁶¹, como meio de proteção a possíveis ações judiciais pretendendo a concretização de direitos próprios da união estável.

¹⁵⁹ Na mesma diapasão, ressaltando que não basta a presença de sexo nos relacionamentos para a sua caracterização, veja CZAJKOWSKI, *União...*, p. 73-74.

¹⁶⁰ MALHEIROS FILHO, *O ânimo...*, p. 86-89. Objetivamente, o que o autor pretende dizer é que se revela indiferente para a caracterização desta união se o par se ama ou não, que tipo de sentimento um nutre pelo outro, em que pese o “afeto” tenha passado a ocupar papel principal nas relações familiares, mas o que se deve levar em consideração são os sinais exteriores que o casal emitiu ou permitiu fossem emitidos, devendo, por isso, assumir o risco e responder pelas conseqüências, até mesmo porque o desamor também está apto a constituir união estável, nas hipóteses em que por piedade, comiseração ou falta de alternativa melhor o parceiro concorda com a convivência contínua, por longo período, ainda que sem desejá-la.

¹⁶¹ Sobre os contratos de namoro, veja o artigo DAL COL, Helder Martinez. *União Estável e Contratos de Namoro no NCCB. Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 23, p. 140-141, abr./maio 2004.

Além da possibilidade de realização de contratos de namoro para definir, de forma extrema de dúvidas, que não se trata de uma união estável, há também os contratos de convivência¹⁶², instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem regulamentações quanto aos reflexos da relação, valorizando a autonomia privada dos companheiros.

Nessa seara, para demonstrar a posição de nosso Tribunal de Justiça no que diz respeito a essa tênue diferença entre a união estável e o namoro, colacionam-se três destacadas decisões:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. É cediço que, para fins de caracterização da união estável, não somente em vista da legislação extravagante que veio a disciplinar o art. 226 da Constituição Federal, Lei n.º 9278/96, assim como do art. 1723 do novo Código Civil, necessário se faz que esta união, para ser reconhecida como entidade familiar, venha a possuir configuração de convivência pública, contínua, duradoura e que tenha como objetivo à constituição de uma família. Já o denominado namoro, a despeito de se constituir em uma relação pública, contínua, duradoura (característica essa mutável considerando o casal que vem a ser analisado), diferencia-se da união estável no tópico relativo à finalidade. Enquanto a união estável traz em seu bojo a idéia de constituição de núcleo familiar; o namoro, não. No caso dos autos, a prova produzida dá conta de que houve um longo namoro entre os litigantes, não havendo entre eles a intenção de constituírem um núcleo familiar. APELO IMPROVIDO.¹⁶³

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. CONVIVÊNCIA QUE CARACTERIZA UM NAMORO QUALIFICADO. O relacionamento do homem e da mulher, para merecer a proteção do Estado e ser reconhecido como uma entidade familiar, há de ter o propósito de um casamento, e não de um namoro qualificado que, ocorrida a primeira desavença, serve esta de motivo para a separação dos conviventes. A prova documental e a prova testemunhal se mostraram insuficientes para o reconhecimento e decretação de uma união estável, nos moldes preconizados pelo parágrafo 3º do art. 226 da CF/88, Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96, mais o artigo 1723 do Código Civil de 2002.¹⁶⁴

¹⁶² Sobre contrato de convivência, veja profundo estudo realizado por CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. Também muito interessante estudo de Rolf Madaleno no que tange à retroatividade restritiva do contrato de convivência. (MADALENO, Rolf. a retroatividade restritiva do contrato de convivência. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 33, dez./jan. 2006, p. 147).

¹⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Especial Cível. Apelação Cível Nº 70005730288. Relator: Marta Borges Ortiz. Julgado em: 19 set. 2003.

¹⁶⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70002534212. Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira. Julgado em: 18 set. 2003.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA. Ausência das características necessárias para a configuração da união estável, existindo, em verdade, o que se pode chamar de "namoro qualificado". Inocorrência de litigância de má-fé. Preliminar rejeitada - unânime. Apelo provido, em parte - voto vencido.¹⁶⁵

Não se pode perder o foco de que a união estável não se equipara a romances eventuais ou casamentos de experiência, exatamente porquanto representa uma alternativa de conjugalidade, em que se tem a natureza conjugal como a intenção íntima dos companheiros de constituírem os laços esponsais, mesmo que dispensada a oficialização, como norma geral.

Em assim sendo, cabe aos julgadores identificar nos casos concretos o fator especial que os diferencia, para que uma das partes não venha a se locupletar indevidamente com esse reconhecimento, gerando benefícios econômicos, tais como divisão de patrimônio ou pensão alimentícia proveniente de uma relação caracterizada como tão-somente um namoro qualificado¹⁶⁶.

Em verdade, o maior desafio, neste aspecto, é imposto aos juízes, pois além do conhecimento jurídico que lhes é normalmente exigido, também é necessária uma aguçada sensibilidade, em virtude do largo poder discricionário que detém na caracterização da união estável, dadas as inquestionáveis conseqüências morais e patrimoniais provenientes de se conceber como família uma união afetiva instável.

Não é forçoso afirmar, todavia, que é sempre muito perigoso e até mesmo arriscado para o Estado de Direito e para a estabilidade do comércio jurídico, que um instituto da relevância da união estável, fique submetido a pressupostos tão difusos em sua caracterização. Isto decorre da circunstância de que a sua avaliação e configuração passa não somente a depender da posição pessoal daquele que dispõe do poder de reconhecê-la, como também das posições ideológicas do julgador competente para apreciá-la¹⁶⁷.

¹⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70003981008. Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos. Julgado em: 31 out. 2002.

¹⁶⁶ Nesta perspectiva, revelou-se valorosa uma decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “[...] **Não deve a justiça “casar de ofício” quem não o fez por vontade própria e com a pessoa escolhida, somente se devendo reconhecer a união estável quando a situação esteja palpitante nos autos e a prova estreme de dúvidas, mesmo porque se trata de atribuir destacada situação jurídica de alguém diante de importante instituto de direito civil: estado civil [...]** (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Cível. AC 20020310161859. Relator: Des. Waldir Leôncio. DJU 19 ago. 2004).

¹⁶⁷ MALHEIROS FILHO, O ânimo..., p. 84.

A forte necessidade dessa perquirição decorre da revolução nas relações interpessoais, não apenas no que pertine aos relacionamentos românticos, mas em razão de como o homem se define na modernidade, as modificações na sua autoconsciência e permissividade, como reflexo da dilatação dos próprios limites morais. Como todas as esferas da sociedade restaram atingidas, inclusive o Direito, é crucial que um conjunto mínimo de convenções sociais seja preservado.

Por essa razão, exsurge exigível a delimitação de um conteúdo mínimo para a definição da união estável¹⁶⁸, para evitar a confusão judicial da união estável com outra espécie de relação amorosa, de forma que os parceiros não sejam lesionados em seus direitos pelo Estado.

Mas, uma vez reconhecida uma relação amorosa como união estável, dela decorrem conseqüências patrimoniais, consoante se discorrerá a seguir.

¹⁶⁸ Nessa ordem de idéias, exigindo que haja maior rigorismo na análise dos requisitos da união estável tem-se a seguinte decisão de nosso Tribunal de Justiça: EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. Requisitos inexistentes. Não caracterização. Os exageros praticados por alguns arestos, após a aprovação do texto constitucional que erigiu a união estável ao patamar de entidade familiar, estão, de certo modo, afugentando o amor e inspirando temor nas pessoas. Chegar-se-á a um ponto em que as relações entre homem e mulher se irão patrimonizar de tal forma, que se vai transformar tudo num mero contrato, quando o ideal seria que as pessoas primeiro se apaixonassem, se identificassem, se amassem e só então encetassem uma união com outros efeitos que não aqueles do simples relacionamento afetivo. Hoje, contudo, as pessoas já sentem medo em simplesmente aproximar-se da outra. **Por isso, os requisitos para a caracterização da união estável devem ser examinados com maior rigor.** No caso, tendo vivido a autora e o falecido em casas separadas, por curto período de tempo, e sem que este fosse fiel aquela, jamais se caracterizaria a união estável, mas sim, um simples "namoro estável" sem gerar direito a meação ou partilha de bens. Rejeitada a preliminar de intempestividade, desproveu-se a apelação, por maioria. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 597074061. Relator: Eliseu Gomes Torres. Julgado em: 10 dez. 1997) (grifo meu)

III – A UNIÃO ESTÁVEL E O DEVER DE ALIMENTOS

1 A pretensão alimentar no direito comparado

No direito italiano, o novo regulamento do Divórcio, Lei n. 74, de 1987, legislou que os alimentos pós-casamento têm a natureza de *auxílio-indenização e compensação*, concedendo-se maior importância ao critério da *duração do casamento*.¹⁶⁹

Os alimentos pós-casamento são ordenados em favor daquele cônjuge que não dispõe de meios suficientes ou não pode consegui-los por motivos objetivos, ou então, quando o cônjuge tem dificuldade de encontrar um trabalho correspondente à sua função.

Assim, o pressuposto para a pretensão de alimentos é a situação de necessidade do cônjuge, a ser compreendida como a falta de um rendimento suficiente, que permita manter o padrão de vida conjugal, e não como falta dos recursos necessários para a subsistência primária.¹⁷⁰

Todavia, em que pese as determinantes da lei italiana sejam mais abrangentes para a concessão de alimentos ao ex-cônjuge, não se pode olvidar que os critérios a serem sopesados pelo juiz para justificar tal decisão, também são bem mais alargados: o juiz precisa considerar, na justificativa de sua decisão, p. ex., delitos eventuais que um dos cônjuges tenha cometido com prejuízo para o outro, a contribuição pessoal e patrimonial que cada cônjuge tenha prestado durante o casamento, além de a própria duração do casamento¹⁷¹. Critérios esses que não são levados em conta pelo direito brasileiro, até mesmo pelas questões econômica e cultural, resumindo-se, assim, no *binômio necessidade-possibilidade*.

¹⁶⁹ CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. *Família no direito comparado: divisão das expectativas de aposentadoria entre os cônjuges*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 475.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 475-476.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 476.

No direito alemão, como qualquer prerrogativa de alimentos, a prerrogativa de alimentos pós-conjugais também pressupõe relativamente ao legitimado a **necessidade** (§ 1577 BGB) e, do lado do obrigado, a **capacidade da prestação** (§ 1581 BGB). Enquanto que no direito ao pensionamento por parte de parentes, já é suficiente que o legitimado não esteja em condições de garantir seus alimentos vitais, a partir de seu patrimônio existente ou de seus rendimentos adquiridos, ou a serem adquiridos, através de uma atividade profissional exigível. Não é suficiente somente a necessidade circunscrita no direito a alimentos do cônjuge, para fundamentar prerrogativa de alimentos. O legislador, no § 1569 do BGB, parte do pressuposto de que, cada cônjuge, após o divórcio, deve, em princípio, custear sozinho seus alimentos através do rendimento de seu patrimônio ou de sua força de trabalho.¹⁷²

Buscando proteger ainda a parte mais fraca da sociedade conjugal, ou seja, aquela que não é trabalhador, e se vê desamparada frente à ruptura do casamento, o direito alemão criou a chamada *Compensação de Amparo*, que é uma pensão previdenciária entre os cônjuges. Após a Segunda Guerra Mundial, o interesse despertado pelos alimentos previdenciários e a concepção de alimentos acoplada à idéia de previdência ganharam espaço na jurisprudência, como Direito de Indenização, fundamentado no § 844, alínea 2, do BGB.¹⁷³

Visando a reparar a desvantagem do cônjuge administrador do lar e, sobretudo, criar para a mulher divorciada uma segurança social própria, o legislador da 1.EheRG introduziu a compensação das expectativas previdenciárias entre os cônjuges (§ 1587 BGB), um instituto jurídico até então desconhecido em outros países.¹⁷⁴

A Compensação de Amparo recebeu uma justificativa pelo direito alemão, pois à consciência jurídica ficou claro o fato de que os cônjuges, com o casamento, tornaram-se devedores reciprocamente, e, especialmente, aquele que trabalhava fora de casa precisaria “previdenciar” os alimentos futuros na hipótese da incidência dos riscos da idade, incapacidade aquisitiva ou laboral, àquele que estivesse na condução da administração do lar. Em verdade, foi sendo incorporado ao conceito de alimentos o componente *previdência*.¹⁷⁵

¹⁷² SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: direito de família*. Tradução da 9ª edição, por Elisete Antoniuk, M. jur. Comp. da Universidade de Bonn. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 260.

¹⁷³ CAMPOS, *Família...*, p. 141-143.

¹⁷⁴ SCHLÜTER, op. cit., p. 309.

¹⁷⁵ CAMPOS, op. cit., p. 141-142.

O que diferencia primordialmente a pensão de alimentos, com fundamento jurídico no casamento no Direito alemão, em relação à legislação e jurisprudência brasileiras, é o fato de se valorizar preponderantemente o papel exercido pela mãe educadora, sendo levado em consideração o tempo gasto com os filhos e as oportunidades profissionais perdidas por motivo de dedicação exclusiva ao lar. Outra grande diferença é a interpretação que se dá ao *casamento de curta duração*, pois nesse caso não existe direito a alimentos no direito alemão.¹⁷⁶

No tocante à união estável, o direito alemão adota um tratamento diferente do direito brasileiro, inicialmente, porque não há regulamentação legal sobre a matéria.

Como não é admitido que, na dissolução de uma união estável, sejam aplicadas, de forma análoga e direta, as regras do divórcio, exatamente por serem tratadas distintamente, as questões decorrentes de sua dissolução são resolvidas pontualmente, até mesmo por outras áreas do direito, como o direito das coisas, p. ex., em relação aos bens existentes.¹⁷⁷

É admitida a celebração de **contrato de união**, para evitar futuros conflitos, sobretudo, no caso de uma dissolução. Mas, especificamente, em relação aos alimentos, os companheiros de uma união ilegítima (como é chamado por eles) não são obrigados, por força de lei, a pagar alimentos entre si. Há uma exceção a tal regra, que está no § 1615 do BGB: se houver um filho desta união, o pai deve pagar alimentos à mãe durante seis semanas antes e seis semanas depois do seu nascimento.¹⁷⁸

Por fim, é permitido, ainda, aos companheiros, em um contrato de parceria, constituir prerrogativas obrigacionais de alimentos, para o período de vida em comum e para a hipótese da separação.¹⁷⁹

No direito francês, constata-se que não há regulamentação da matéria.

Jean Carbonnier¹⁸⁰, referindo-se às relações pecuniárias dos concubinos, atesta que

¹⁷⁶ CAMPOS, *Família...*, p. 644.

¹⁷⁷ SCHLÜTER, *Código...*, p. 501-504.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 503 e p. 517.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 517.

¹⁸⁰ CARBONNIER, Jean. *Droit Civile: la famille*. 10. ed. Paris: PUF, 1974, v. 2, t. 2, p. 266-268.

não existe obrigação alimentar entre eles. Assim, para resolver as controvérsias patrimoniais decorrentes do fim da união, os Tribunais consideram a possibilidade de existência da sociedade de fato, em que o convivente tem direito sobre parte dos benefícios auferidos por seu companheiro. Todavia, esse direito é limitado à identificação dos elementos de um contrato de sociedade, em que há a contribuição de ambos, pelo menos no que diz respeito ao trabalho.

De outra banda, verifica-se que, nos Estados Unidos, os casais em união estável recorrem aos tribunais para obterem seus direitos quanto à divisão de bens e conquista de pensão alimentícia, segundo se depreende de sua doutrina:

Enquanto os sujeitos que escolhem as relações amorosas informais têm proteção negada fora da lei, devem procurar os tribunais com o propósito de forçar o reconhecimento de uma relação entre eles. Às vezes, um homem e uma mulher escolhem não casar, mas devido ao fato de dividirem um lar, e, normalmente, combinar seus esforços e rendimentos, tais pessoas devem executar um pacto articulando os termos que desejam para esse acordo. Entretanto, um acordo entre as partes nem sempre é expresso pela forma escrita ou oral, sendo tacitamente estipulado.¹⁸¹

Feitas estas referências à legislação comparada, à título de ilustração, passa-se à análise do direito brasileiro, nesse particular aspecto do direito de família.

2 O fundamento do dever de alimentos no direito brasileiro

Desde os primórdios, a origem do direito a alimentos repousa na solidariedade humana¹⁸², que obriga determinadas pessoas, em razão do parentesco, da declaração de vontade ou ato ilícito, a alcançar a outrem recursos para garantir-lhe uma existência digna.

Em verdade, é possível também asseverar que a dignidade da pessoa humana, já alhures comentada, constitui um limite e um fundamento ao direito aos alimentos.

¹⁸¹ BLOND, Neil C. et al. *Blond's Family Law: domestic relations*. 3. ed. rev. by Brett Harris. New York: Sulzburger and Graham, 1996, p. 225-226.

¹⁸² PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45-46.

O direito à alimentos apresenta esse fundamento ético, consubstanciado na solidariedade familiar e humana, que se estabelece com a comunhão de vidas, solidariedade esta que impõe que a liberdade individual do ser humano seja condicionada às garantias de bem viver e até de sobreviver, do outro membro familiar¹⁸³.

Nesse sentido, verifica-se que doutrinadores da atualidade também identificam na obrigação de alimentos uma forma de manifestação de um dos primordiais direitos de personalidade¹⁸⁴: o direito à vida, tão protegido pelo Estado, já que a existência humana só se desenvolve a partir dele.

Com a despatrimonialização do direito civil, em que o eixo principal do direito civil deixou de ser a proteção do patrimônio para ser a proteção do próprio homem, no que diz respeito aos seus elementos subjetivos, revelado pela identidade e pelo *ser* da pessoa, os direitos de personalidade¹⁸⁵ passaram a ter destaque fundamental, enquanto tutela dos direitos que envolvem a dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, os alimentos - sendo um dos direitos de tutela à vida -, são a expressão mais autêntica do dever de solidariedade, alçado do plano moral para se projetar no plano jurídico, em contraposição ao individualismo, sobre o qual repousam as relações de Direito Civil.¹⁸⁶

Adotando um dos conceitos expostos por Yussef Said Cahali¹⁸⁷,

¹⁸³ Sobre o assunto, veja o artigo “Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado”, de NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. *Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado*. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.) *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Ministério Público. Procuradoria Geral da Justiça: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 36.

¹⁸⁴ José Serpa de Sta. Maria coloca os direitos de personalidade como espécie cujo gênero são os direitos humanos: “Os direitos humanos são aqueles direitos fundamentais da pessoa humana, de larga abrangência e que englobam inclusive, os direitos de personalidade de maior interesse civilista, do que de ordem pública constitucional (social e política), ou pública penal. São eles as balizas estruturais que compõem com todos estes últimos em seus vários matizes o painel dos direitos fundamentais (SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e sistemática civil geral*. Campinas: Julex, 1987, p. 377-378).

¹⁸⁵ O tema relativo aos direitos de personalidade foi muito bem desenvolvido por MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 67-98.

¹⁸⁶ Conf. SANTOS, F. A. O., *Alimentos...*, p. 70.

¹⁸⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.

a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer os reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário a sua manutenção.

O CC francês serve-se das expressões “alimentar, manter e educar” (art. 203); enquanto para o CC espanhol “entende-se por alimentos tudo que é indispensável para o sustento, habitação, vestimenta e assistência médica, segundo a posição social da família. Os alimentos compreendem também a educação e a instrução da pessoa alimentada enquanto menor de idade” (art. 142); similarmente, o CC brasileiro, regulando o legado de alimentos, fá-lo abranger “o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação se ele for menor” (art. 1.687; 1.920 do Novo Código Civil)¹⁸⁸.

Tanto no casamento como na união estável, quando da extinção do vínculo, é o dever de mútua assistência (art. 1566, inc. III, CC) que fundamenta o direito a alimentos, o qual “surge como uma substituição à mútua assistência, devida compulsoriamente no casamento e verificada espontaneamente na sociedade familiar de fato”¹⁸⁹.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, a assistência a que se referia o legislador, sob a égide do Código Civil de 1916, é o que hoje entendemos por companheirismo. Um companheirismo que não admite qualquer luta pelo poder, traduzível em ordens e hierarquias (do tipo: o marido manda e a mulher obedece) mas se traduz no compartilhar constante dos interesses e sonhos do outro, que apóia o desenvolvimento do companheiro em qualquer âmbito: amor, família e trabalho.¹⁹⁰

No atual estatuto civilista, como também sabidamente no antigo, são três os pressupostos da obrigação alimentar: a) vínculo jurídico; b) necessidade e c) possibilidade.

Como bem definiu o jurista Luiz Felipe Brasil Santos, “esses três elementos formam o triângulo da obrigação alimentar, e, faltando qualquer desses vértices, inexistente obrigação

¹⁸⁸ CAHALI, Y. S., *Dos alimentos*, p. 18.

¹⁸⁹ TEPEDINO, *Novas formas...*, p. 389.

¹⁹⁰ LEITE, *Temas de...*, p. 61.

alimentar em concreto.”¹⁹¹

É preciso, pois, explicitá-los, para melhor apresentar esta análise.

a) vínculo jurídico

No que diz respeito ao vínculo jurídico, é indispensável a sua efetiva existência, para que não se estabeleça uma constante insegurança jurídica para aquele que pode vir a ser obrigado à pretensão alimentar, ainda que passado longo tempo do desfazimento do vínculo.

Nesta perspectiva, é possível considerar que, a falta de certeza do Direito pode levar a decisões divergentes entre os vários tribunais, o que, em última análise, faz com que casos idênticos sejam tratados de forma diferente em um mesmo ordenamento jurídico, contrariando frontalmente o princípio da igualdade¹⁹².

É esclarecedora a doutrina de Maria Aracy Menezes da Costa¹⁹³, quando ensina que, se não houve a fixação de alimentos por ocasião da conversão da separação em divórcio, não se torna possível pleiteá-los posteriormente, visto que o divórcio dissolve o casamento válido, e não mais existe o estado conjugal, estando extinto o vínculo jurídico do casamento¹⁹⁴.

Quando se trata da dissolução da união estável, a doutrinadora se utiliza do critério da analogia com o casamento, por não haver registro do momento da ruptura do vínculo familiar composto por companheiros: “assim como o casamento necessita de dois anos de separação de fato ou um ano de separação judicial – ou medida cautelar anterior- para se transformar em divórcio, com a conseqüente dissolução do vínculo, a união estável teria um tempo, após o seu final, para que a união desfeita ainda pudesse produzir efeitos jurídicos.”¹⁹⁵

¹⁹¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A obrigação alimentar na perspectiva ética. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.3.

¹⁹² KATAOKA, Segurança..., p. 355.

¹⁹³ COSTA, Maria Aracy Menezes da. A renúncia a alimentos no novo Código Civil: casamento e união estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes Temas da Atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5: Alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos, p. 143-156.

¹⁹⁴ “Alimentos – Não vigorando mais o dever de mútua assistência entre os cônjuges, em razão do divórcio das partes, o pedido de alimentos formulado pelo virago é juridicamente impossível – Negaram provimento.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap 70010766905. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 13 abr. 2005). No mesmo sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Ap 70010163038. 8ª. Câ. Cív. Relator: Des. Antônio Carlos Stangler Pereira. Julgado em: 23 dez. 2004.

¹⁹⁵ COSTA, M.A.M, op. cit., p. 143-156.

Entender-se o contrário é o mesmo que conceber que, após cinco anos ou mais da dissolução do casamento ou da união estável, possa uma das partes pleitear o direito de requerer alimentos judicialmente, independentemente da inexistência atual de qualquer vínculo jurídico entre os envolvidos¹⁹⁶.

Pode-se ir ainda mais longe, e considerar que se essa não for a interpretação dada à questão, ter-se-á um direito eterno de pedir alimentos ao ex-cônjuge ou ex-companheiro, porque outrora viveram como marido e mulher ou em união estável. E, de outro lado, estar-se-á criando um dever alimentar desprovido de fundamento jurídico e ético, dando azo a um enriquecimento sem causa, já que a causa de pedir não mais existe.

Nesse sentido é o entendimento de Marupiraja Ramos Ribas¹⁹⁷, segundo o qual inexistente

óbice para que os conviventes estipulem cláusula de renúncia no contrato de convivência quanto aos alimentos no caso de dissolução por rescisão desta união, já que não será o caso de se falar em indisponibilidade deste direito pelos conviventes, já que o direito só é indisponível, inegociável entre parentes, e não de se exigir tal indisponibilidade entre estranhos, que nem casados são, e que, maiores e capazes pode celebrar um ato jurídico perfeito e acabado, não havendo impedimento para tal.

Todavia, o novo Código Civil, em seu art. 1.707¹⁹⁸, acolheu a posição contrária, no sentido da impossibilidade de renúncia ao direito a alimentos, abrangendo não somente os parentes, como também a situação dos cônjuges e conviventes.

Essa impossibilidade de renúncia aos alimentos no que se refere ao casamento e à união estável manifesta-se injustificável e contraditória à tutela da autonomia dos cônjuges e companheiros, pois impede os envolvidos de pactuarem livremente as questões patrimoniais decorrentes da relação conjugal que não estão reguladas pelo regime de bens. Em verdade, é mais uma forma de intromissão e ingerência do Estado na vida privada das pessoas, o qual acaba por provocar um assistencialismo exagerado, já que não consegue cumprir com seus

¹⁹⁶ Neste sentido: “Desistindo dos alimentos, não é dado á mulher ingressar posteriormente em juízo para reclamá-los do ex-marido” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câm. Cív. V.U. Julgado em: 1 mar. 1983, RT 578/59).

¹⁹⁷ RIBAS, Marupiraja Ramos. *A união estável: anotação crítica à Lei n. 9.278/96*. Recife: Nossa Livraria, 1996, p. 75.

¹⁹⁸ Art. 1707: Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

deveres constitucionais de garantia de trabalho e vida digna aos cidadãos.

Cumprirá à jurisprudência fazer justiça ao caso concreto, embora desacolhendo o mandamento do art. 1707, sob pena de ser concedido judicialmente um direito desprovido de fundamento legal.

b) necessidade

No direito de família brasileiro, a necessidade alimentar está delimitada no art. 1695 do Código Civil, aduzindo que “são devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção.”

Os alimentos são devidos a quem não tem condições para o trabalho¹⁹⁹, seja por ser portador de problemas físicos ou mentais²⁰⁰, por não ter qualificação profissional²⁰¹, ou, ainda, em razão de os bens que possuir não serem suficientes à sua sobrevivência.

Portanto, a impossibilidade de o alimentando prover a própria manutenção pode advir de diversas causas: como a incapacidade física ou mental para o trabalho; doença, inadaptação ou imaturidade para o exercício de qualquer atividade laborativa; idade avançada; calamidade pública ou crise econômica de que resulte absoluta falta de trabalho.”²⁰²

¹⁹⁹ Veja a seguinte decisão, bastante arrojada para o ano de 1989, retirada da RT 644/144, quando se refere ao trabalho da mulher: “Entretanto, o trabalho é obrigação social, devendo a mulher concorrer para a própria subsistência com o produto de seu esforço; entendemos não ser justo continuar o ex-marido a arcar com o encargo, mesmo porque alimentos são devidos a título da necessidade [...] À medida que a mulher conquistou igualdade de direitos, sofreu também a imposição de igualdade de encargos. Na instituição da família moderna, bifronte, deixou o varão de ser o único responsável pela manutenção da prole. Tendo a mulher renda própria, não necessita, para sua sobrevivência, da pensão do ex-marido, que deverá pagá-la à filha [...]”.

²⁰⁰ EMENTA: União estável. Alimentos. Companheira e filha. Adequação. Os alimentos destinados a filha devem garantir condições de vida compatíveis com a do pai. **Deve o alimentante socorrer a companheira e mãe de sua filha com quem conviveu por mais de uma década e que, em razão de problemas de saúde, está impossibilitada de exercer atividade remunerada.** Recurso provido em parte. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 599116431. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 30 jun. 1999) (grifo nosso)

²⁰¹ EMENTA: Alimentos. Pedido de exoneração. Vida amorosa da mulher. **Mostrando os autos que a mulher é necessitada pois não tem aptidão ao trabalho, pela baixa formação cultural, e já conta a idade de 50 anos, depois de vinte anos de casada e apenas três de separação, bem como que o relacionamento afetivo - já rompido - que manteve com outro homem não configurou união estável, impõe-se a preservação da obrigação alimentícia.** Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 598391548. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 24 mar. 1999) (grifo nosso)

²⁰² CAHALI, Y. S., *Dos alimentos*, p. 719.

Além dessas razões bem objetivas somam-se outros motivos que podem levar à pretensão alimentar, bem como argumentos que não condizem com a sobrevivência, mas sim com a manutenção de um padrão de vida determinado²⁰³.

A jurisprudência inúmeras vezes concede alimentos a quem tem condições de lutar pela própria manutenção²⁰⁴, contrariando o fim maior do direito a alimentos, que é o direito à vida. A regra geral, porém, clama pela suficiência do critério da necessidade²⁰⁵.

Neste sentido, embora a regra legal determine o dever que tem o indivíduo de produzir ou tentar produzir para viver, antes de invocar o auxílio de outrem, exercitando desse modo o senso de responsabilidade de todo homem, compelindo-o a trabalhar para utilidade própria e de seus familiares, não se pode negar a esse preceito universal a ressalva da impossibilidade²⁰⁶.

Interessante observar que, segundo o magistério do douto Orlando Gomes, essa dita “necessidade”²⁰⁷ é ainda mais profunda, porque deve ser revelada pela *miserabilidade do alimentando*. Diz ele que por tal “deve-se entender a falta de recursos, sejam bens ou outros

²⁰³ EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. MAJORAÇÃO. VEÍCULO. POSSE. MANUTENÇÃO. Verossimilhante a versão de que a agravante era sustentada pelo ex-companheiro ao longo da união. Verossimilhante a versão de que o casal tinha vultosas possibilidades e desfrutava de excelente **padrão de vida**. Cabível, assim, uma majoração dos alimentos provisórios. Adequado seja a agravante mantida na posse do veículo que usava no seu dia-a-dia e que necessita para se locomover. Até mesmo porque o veículo em questão foi adquirido durante o período da alegada união estável, razão pela qual pode ser patrimônio comum. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70016050353, Relator: Rui Portanova. Julgado em: 13 jul. 2006) (grifo nosso)

²⁰⁴ EMENTA: União estável. Partilha de bens. Sub rogação. Alimentos. Bens adquiridos na constância da convivência, presume-se o esforço comum, devendo ser partilhado metade por metade, expungidos aqueles sub-rogados. **A ex-companheira foi retirada do mercado de trabalho, para tocar empreendimento comercial durante a convivência, e ante a dificuldade de retomar sua atividade anterior, faz jus a alimentos condizentes com sua real necessidade**. Apelo parcialmente provido. (4fls.) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível nº 70000120030. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 14 out. 1999) (grifo nosso)

²⁰⁵ Sobre o tema, veja o magistério de LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil...*, p. 378-382.

²⁰⁶ CAHALI, Y. S., *Dos alimentos...*, p. 554.

²⁰⁷ EMENTA: Apelação Cível. União estável. Alimentos. Binômio necessidades/possibilidades. O norte balizador dos alimentos, em se tratando de união estável, equiparada ao casamento com comunhão parcial de bens, esta fulcrado unicamente no binômio necessidade/possibilidade, pois os ex-cônjuges ou ex-conviventes, não sendo parentes, não têm direito reconhecido em lei aos alimentos, regendo-se o deferimento da verba pela excepcionalidade, pois cabe aquele que busca os alimentos provar, além das suas necessidades, que não tem condições de exercer atividade laboral para prover o próprio sustento, que aquele que deverá prestar o auxílio alimentar tem condições de fazê-lo, sem desfalque do seu sustento. Não se desincumbido a autora da produção dessa prova, o que lhe cabia, nos termos do disposto no art-333, I do CPC, impõe-se a improcedência da pretensão. Recurso não-provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 598444263. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Julgado em: 6 maio 1999).

meios materiais de subsistência, mas, também, a impossibilidade de prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção²⁰⁸.

c) possibilidade

A regra legal, em seu art. 1695, do Código Civil, pugna que aquele que presta alimentos *pode fornecê-los sem desfalque necessário do seu sustento*.

Assim, aquele que presta alimentos em decorrência de uma extinta união estável ou casamento, não pode, ao cumprir o seu dever alimentar, sofrer privações para o próprio sustento.

Em verdade, o *quantum* não se mede pela fortuna do alimentante²⁰⁹, pois não é ele obrigado a dividir seus rendimentos²¹⁰. A responsabilidade limita-se a atender as exigências, v. g., de alimentação, moradia, vestuário e recreação²¹¹.

Consoante muito bem expõe Washington de Barros Monteiro²¹², a lei não quer o perecimento do alimentado, mas também não deseja o sacrifício do alimentante; concluindo, ainda, que não há direito alimentar contra quem possui o estritamente necessário à própria subsistência.

Quer-se com isto dizer que aquele, que dispõe de rendimentos modestos, não pode sofrer a imposição de um encargo que não está em condições de suportar, pois se a justiça obrigasse quem dispõe apenas do indispensável para viver, sem sobras, e mesmo com faltas, a

²⁰⁸ GOMES, *Direito de...*, p. 449.

²⁰⁹ EMENTA: União estável. Indisponibilidade de bens. Alimentos provisórios. 1. Tendo o casal estabelecido a incomunicabilidade dos bens, mediante contrato imposta ao patrimônio do varão. 2. Descabida se revela a fixação de alimentos provisórios quando a convivente é comerciante e possui meios para promover a própria subsistência, **sendo irrelevante se a situação econômica do varão é privilegiada**. Recurso provido. Segredo de justiça. 9fls. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70004234357, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 26 jun. 2002) (grifo nosso)

²¹⁰ Decisão em sentido contrário: “Reconhecendo o próprio agravante a existência da união estável com a agravada, que não exerce qualquer atividade laboral, cabível o pensionamento provisório, uma vez demonstrada a capacidade financeira dele. Agravo de instrumento desprovido” (SEGREDO DE JUSTICA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70005184668. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 19 dez. 2002)

²¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, v. 2, p. 694.

²¹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2: Direito de Família, p. 299.

socorrer outro que está na miséria, “ter-se-ia uma partilha de misérias”²¹³.

Como no caso presente está se tratando do dever alimentar com fundamento jurídico na união estável, cabe complementar que o valor da prestação alimentícia não pode se transformar tão-somente em uma parcela do valor auferido pelo devedor. Pois se assim o for, se só a *possibilidade* for levada em conta, quanto mais ganhar o obrigado, maior será o valor dos alimentos, ainda que o credor não necessite de uma prestação alimentícia tão elevada.

Em razão disso, a *possibilidade* de quem presta alimentos sempre deve ser combinada com a *necessidade* de quem precisa²¹⁴. Se assim não ocorrer, correr-se-á o risco de determinar um valor alimentício que, embora não leve à ruína àquele quem presta alimentos por ser ele abastado, levará certamente ao enriquecimento indevido àquele que recebe os alimentos, pois estará recebendo mais do que precisa e provocando uma diminuição patrimonial sem causa em relação ao obrigado.

Por conseguinte, na união estável, assim como no casamento, após a sua dissolução, essa obrigação alimentar deve-se constituir em uma excepcionalidade²¹⁵, porque o indivíduo adulto tem de assumir a responsabilidade pela própria subsistência²¹⁶, deve ele lutar, por si, para a conservação da própria existência²¹⁷, conquistando o seu desenvolvimento moral, intelectual e econômico com os recursos obtidos pelo fruto de seu trabalho ou de seus bens, caso já detenha patrimônio.

²¹³ CAHALI, Y. S., *Dos alimentos...*, p. 725.

²¹⁴ EMENTA: Agravo de Instrumento. Inconformidade com a fixação de alimentos provisórios. Alegação de inexistência de prova da união estável e da necessidade da alimentanda. **Existindo elementos suficientes que comprovem, em princípio, a união estável entre as partes, é possível a fixação de alimentos provisórios, respeitando-se o binômio necessidade/possibilidade.** Agravo desprovido. (fls. 05). Segredo de justiça. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70001596345. Relator: Alfredo Guilherme Englert. Julgado em: 16 nov. 2000) (grifo meu).

²¹⁵ EMENTA: Alimentos. União estável desfeita. Descabimento. Diante da renúncia tácita e da ausência do dever de mútua assistência, **somente em situações de muita excepcionalidade pode ser deferido o pleito de pensão alimentícia.** Inexistente a excepcionalidade, descabe o direito a alimentos em favor da ex-companheira. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria. (9 FLS.) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes Nº 70001192848. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 10 nov. 2000).

²¹⁶ Conforme Rolf Madaleno, cada qual dos consortes tem um dever social de buscar pessoalmente a sua subsistência e, com seu trabalho, prover o sustento cooperativo dos filhos por ele gerados. (MADALENO Rolf Hanssen. *Direito de Família: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 60).

²¹⁷ CAHALI, Y. S., op. cit., p. 30.

É possível afirmar que o pagamento de alimentos na união estável, como também no casamento, choca-se com a autonomia econômica da mulher e com a finalidade da própria relação instituída, forçando a alteração nas causas de sua formação e permitindo a existência da união baseada exclusivamente nos interesses afetivos.²¹⁸

Nesse sentido, cumpre salientar que a mulher moderna, a qual tem consciência plena da realidade das relações afetivas no mundo atual, quando decide abandonar sua vida profissional, seus projetos profissionais, para viver às expensas do companheiro ou marido, está assumindo o risco das dificuldades que enfrentará futuramente no mercado de trabalho, caso venha a se separar²¹⁹.

Assim, não tem ela o direito de exigir alimentos como se o outro companheiro fosse responsável ou culpado pela sua opção de vida²²⁰, cumprindo ao Poder Judiciário a função de desestimular tal comportamento, deixando de conceder alimentos a quem não quis lutar por seus projetos profissionais, durante a união.

Reside nessa situação, em específico, a grande responsabilidade atribuída ao Judiciário em não compactuar em conceder alimentos a ex-cônjuges ou ex-companheiros jovens²²¹, ou que ainda estão em idade de participar do mercado de trabalho e são saudáveis, para que não sirva como um incentivo ao lucro fácil e ao ócio.

²¹⁸ BANNURA, Jamil Andraus Hanna. Pela extinção dos alimentos entre cônjuges. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 122.

²¹⁹ Decisão em sentido contrário: EMENTA. APELAÇÃO. ALIMENTOS. UNIÃO ESTÁVEL. Comprovada a convivência por mais de 20 anos e confirmado pelo varão que preferia que a mulher se dedicasse ao lar e aos filhos, descabe agora pretender omitir-se de prestar auxílio à ex-companheira para que mantenha vida digna. Os alimentos devem ser estabelecidos de forma a complementar os modestos ganhos da mulher. Proveram em parte. Unânime. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70006772933. Relator: Walda Maria Melo Pierrô. Julgado em: 03 set. 2003) (grifo nosso).

²²⁰ Conforme ensina Rolf Madaleno, “alimentos em plena era da paridade dos sexos precisam ser reescritos na esteira das mudanças socioculturais que ainda não suficientemente absorvidos pelo legislador da nova codificação que revisitou o passado, ressuscitou figuras e preceitos de há muito sepultados, mas que foi incapaz de absorver a verdadeira mudança do axiológico direito alimentar.” (MADALENO, Rolf Hanssen. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Afeto, Ética, família e o novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 578).

²²¹ EMENTA: Apelação Cível. Ação declaratória de união estável e sociedade de fato cumulada com alimentos e partilha de bens. Partilha. Não havendo prova nos autos acerca do alegado acréscimo patrimonial ocorrido durante a união havida entre o casal, tampouco da aquisição de bens na constância da convivência, não há que se falar em partilha de bens. Alimentos. **Ausência de demonstração da necessidade da autora de perceber verba alimentícia, atento a que a demandante é pessoa jovem**, e, não obstante a doença psicológica acometida, sua incapacidade é temporária, percebendo, além disso, benefício previdenciário que lhe garante o sustento até que se reestabeleça e reingresse no mercado de trabalho. Recurso desprovido. (RIO GRANDE

Julgar procedentes ações de alimentos que tenham como objetivo assegurar uma vida melhor ou mais confortável a pessoas que apresentam todas as condições físicas e psíquicas de ingressar no mercado de trabalho e auferir a sua própria renda, significa estimular a ociosidade, o lucro fácil, e, fundamentalmente, dar azo ao locupletamento indevido.

Merece, por conseguinte, dar destaque a seguinte decisão que corrobora plenamente esse entendimento:

EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. IMPROCEDÊNCIA. Não pode ser desvirtuado o salutar e festejado instituto da união estável, saudado pelos operadores do direito como notável inovação a resgatar débito para um importante segmento da sociedade que decidiu conviver informalmente. Se a alegada relação entre as partes não deixou qualquer rastro, restando dos autos a ambição desmedida de alguém que tentou a suprema aventura de expor-se para tentar locupletar-se as custas do apelado, a improcedência da ação merece ser confirmada, colocando-se fim a verdadeira aventura judiciária intentada pela autora. Apelação desprovida. Unânime.²²²

Não obstante, o direito brasileiro sofreu uma modificação operada pelo Código Civil de 2002, como se verá adiante.

3 A inovação do Código Civil de 2002 em relação aos alimentos

O art. 1694 de Código Civil de 2002 provocou uma inovação no que tange ao direito aos alimentos, ao dispor que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns dos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Realizando-se uma interpretação objetiva da regra legal, depreende-se que o legislador alargou o real significado dos alimentos, para que estes fossem compreendidos muito além de um valor necessário para a subsistência do necessitado, mas, também, fosse o suficiente para

DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70013434584. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 19 jul. 2006) (grifo nosso)

²²² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 598026623. Relator: Eliseu Gomes Torres. Julgado em: 07 out. 1998.

“a manutenção do *status* do alimentando”²²³.

Ora, tal regra legal, na forma como está colocada, contraria frontalmente a função do dever alimentar, que é exatamente a de, baseada no princípio da solidariedade social, promover as condições mínimas de subsistência para uma pessoa viver com dignidade.

Impor ao alimentante de uma extinta união estável mais do que isso, determinar que ele tenha de arcar com a manutenção da condição social do alimentante, podendo aqui estarem incluídas coisas supérfluas para se viver, como a gasolina do automóvel, a academia, a empregada doméstica, dentre outras, corresponde a uma afronta ao princípio da dignidade humana, não mais do alimentando, mas sim do alimentante.

Como muito bem elucida Sílvio Venosa ao manifestar-se sobre o tema, “não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa”²²⁴.

Ademais, o Estado não tem o direito de intervir na situação econômica das pessoas a ponto de obrigá-las a manter *status* social de outrem, à custa de uma previsão normativa (art. 1.694), pois esse mesmo Estado, que tem o dever de *garantir o direito à vida*, caso venha a praticar tamanha ingerência na esfera privada, estará estimulando o enriquecimento sem causa, sublimado pelo argumento do *direito à vida*.

Aplicar, na prática, uma determinação como esta é ir contra a realidade da sociedade²²⁵ em que vivemos, em que a larga maioria da população limita-se a dividir o pouco que auferem economicamente.

Na realidade de nossos processos judiciais em que há pedido de alimentos de filhos contra pais, em alguns casos já se revela forçoso delimitar um percentual da renda líquida do alimentante, e isso que se está tratando de um menor de idade, que efetivamente impescinde

²²³ PEREIRA, C. M. S., *Instituições...*, p.503.

²²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 6: Direito de Família, p. 374.

²²⁵ A posição do Des. Luiz Felipe Brasil Santos é de que tal garantia se mostra inadequada e fora da realidade, sugerindo, como Coordenador da Comissão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) para o Aperfeiçoamento do Código Civil, que a expressão *compatível com sua condição social* seja substituída por *digno* (SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Alimentos no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, jan./fev./mar., 2003, p. 13-14).

dessa pensão alimentícia para sobreviver.

Ora, imaginar-se a mesma situação envolvendo pedido de alimentos de ex-cônjuges e ex-companheiros, em valor que se mostre razoável a garantir o mesmo nível de vida que possuía outrora²²⁶, atenta contra os princípios morais, éticos²²⁷ e de solidariedade humana da sociedade brasileira.

Em razão disso, é que os alimentos entre cônjuges e companheiros, não podem se afastar jamais de sua precípua finalidade, qual seja, a de garantir ao necessitado o estrito necessário para a sua manutenção, se o mesmo não tem de onde tirá-los ou sofre alguma impossibilidade de buscar consegui-los pelo próprio esforço.

O mesmo já não se pode dizer em relação ao dever de alimentos entre parentes, mais especificamente, entre pais e filhos, em que o pai deve propiciar ao filho, não apenas os alimentos para o corpo, mas tudo o que for necessário para a sua manutenção e sobrevivência, como vestuário, abrigo, medicamentos, educação, dentre outras necessidades.

Imprescindível referir que, como o dever alimentar tem também como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que o alimentado necessita receber alimentos para a sua sobrevivência, do outro lado da relação está o alimentante, que, da mesma forma, não pode ter a sua dignidade afrontada em razão de contribuir além de sua possibilidade.

²²⁶ EMENTA: SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS À EX-CÔNJUGE. NECESSIDADE. Reunindo o varão condições favoráveis para pensionar a ex-cônjuge, com quem viveu maritalmente em elevado **padrão de vida**, não há como desobrigá-lo do encargo, eis que persiste o dever da mútua assistência entre os cônjuges, mesmo depois da separação. Entretanto, exercendo a virago atividade remunerada, deve atentar-se ao critério da proporcionalidade na fixação do encargo alimentar. À unanimidade desproveram o recurso do varão e por maioria negaram provimento ao recurso da virago, vencida a Relatora. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70013686134. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em: 22 mar. 2006) (grifo nosso)

²²⁷ Sobre a ética como fundamento das normas civis, Judith Martins-Costa destaca que, se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa, em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isto mesmo titular de atributos e interesses não mensuráveis economicamente, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da Ética da Situação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 239, out. 2001).

Em sentido oposto está o entendimento de Antonio Cezar Lima da Fonseca²²⁸ sobre essa regra do art. 1694 do Código Civil. Entende o autor que o dispositivo não prevê a manutenção do mesmo padrão existente, quando da união, tratando apenas da compatibilidade do modo de vida com a condição social de pobreza ou riqueza da própria pessoa alimentada anteriormente à união.

Passa-se, a seguir, à análise da concessão de alimentos provisórios em ação de reconhecimento de união estável.

4 A concessão de alimentos provisórios na ação de reconhecimento de união estável

Em virtude de o direito de família envolver valores sensíveis e de grande significação emocional, às vezes de cunho material, vinculados à realização de necessidades íntimas do ser humano, é que se erige, no plano processual, uma pronta resposta da jurisdição. Daí a conveniência de se lhe aplicar a tutela de urgência²²⁹ e outras espécies de providências assemelhadas, tendentes à rápida solução do litígio decorrente da relação familiar²³⁰.

Especificamente, no que diz respeito aos alimentos provisórios, adotando-se uma definição bem clara e objetiva, eles se constituem em um pedido liminar dentro de uma ação ordinária, em que devem estar presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou seja, deve restar demonstrada a prova pré-constituída do direito e o caráter de urgência, significando que a necessidade premente de alimentos não pode aguardar a conclusão do processo.

Logo, os alimentos provisórios constituem adiantamento de tutela, que o magistrado concede no início da ação, como forma de garantir-lhe, de pronto, o necessário a sua subsistência, até que a ação de alimentos seja definitivamente julgada.

²²⁸ FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *O Código Civil e o novo direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 166-167.

²²⁹ O Professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira define tutela de urgência como aquela preordenada à prevenção de algum dano ao provável direito da parte, de natureza específica ou geral. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 1).

²³⁰ *Ibidem*, p. 1.

O professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em artigo específico²³¹, acrescenta que, tratando-se de alimentos provisórios, o juiz não pode se contentar com a mera aparência do direito, ante a exigência contida no art. 2º da Lei n. 5.478/68²³², de prova inicial do parentesco ou de obrigação alimentar do devedor, pressupondo daí a necessidade do art. 4º²³³.

Ora, partindo-se desse pressuposto, é conclusivo que para a concessão dos alimentos provisórios em ação ordinária para reconhecimento da união estável, imprescindível se faz a existência de prova pré-constituída da obrigação. A questão que se impõe é uma detida análise de como isso pode ocorrer se a ação busca exatamente o reconhecimento dessa união, ou seja, se não há vínculo jurídico definitivamente comprovado da relação existente entre as partes²³⁴.

A ação que deve ser proposta para o reconhecimento da união estável é uma ação de procedimento ordinário, porque ela demanda larga possibilidade de dilação probatória²³⁵ para a demonstração da condição de credor, considerando a circunstância de ser uma união que somente existe no mundo dos fatos, não apresentando, na grande maioria dos casos, uma prova documental²³⁶ a embasar tal pretensão.

²³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A tutela cautelar antecipatória e os alimentos *initio litis*. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 41, p. 234, nov. 1987.

²³² Art. 2º: O credor, pessoalmente ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas, o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

²³³ Art. 4º: Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

²³⁴ EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. Decisão que indefere os alimentos provisórios. Cognição sumária. Prova. **É razoável a decisão liminar que desacolhe pedido de alimentos provisórios, formulado em ação declaratória de união estável, quando os autos ainda não apontam prova convincente sobre o relacionamento alegado.** Agravo improvido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70000280230. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em: 10 nov. 1999) (grifo meu)

²³⁵ EMENTA: Agravo de Instrumento. União estável. Antecipação de tutela. Alimentos. Não tendo a ex-cônjuge ou ex-companheira direito reconhecido em lei a obtenção de alimentos do ex-marido ou ex-companheiro, o deferimento de auxílio alimentar é orientado pela equação necessidades do alimentando/possibilidades do alimentante, o que implica que exige ampla cognição, não se aconselhando a antecipação de tutela. Agravo nao provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 598301216. Relator: Alzir Felipe Schmitz. Julgado em: 04 mar. 1999)

²³⁶ EMENTA: Agravo de Instrumento. Ação de dissolução de união estável cumulada com alimentos. Indeferimento de pensão provisória. Caso em que se nega provimento ao agravo que pretendia reformar a decisão que indeferiu pensionamento provisório. **Ausência de prova razoável da existência da união estável.** Conheceram e negaram provimento. (6fls.) - Segredo de Justiça - (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70005003181. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 28 nov. 2002) (grifo meu)

De outra banda, resulta evidente que não se compadece com a tutela antecipatória de alimentos a exigência de ficar desde logo provada a relação de parentesco ou a obrigação de prestar alimentos. Nesta, o que importa é a verossimilhança da alegação – embora baseada em prova inequívoca -, com vistas à instante necessidade de prevenção do dano²³⁷.

Mesmo assim, embora os alimentos provisórios não exijam, por tudo que foi referido, uma prova inequívoca da existência do direito e do perigo de dano, configura-se primordial que a alegação contenha a anunciada verossimilhança do direito alegado²³⁸, para que não se tenha, no caso da união estável, uma relação absolutamente duvidosa, porém, gerando efeitos graves como a concessão de alimentos.

Esse contexto impõe sejam consideradas duas situações para a efetiva concessão de alimentos provisórios.

A primeira delas configura-se na necessidade de haver prova pré-constituída da relação estável, determinante da obrigação alimentar (p. ex.: reconhecimento em testamento, escritura pública ou instrumento particular; existência de contrato escrito regulando a convivência; casamento religioso, reconhecimento de forma incidental em anterior demanda judicial)²³⁹.

A segunda diz respeito à prova do *periculum in mora*, qual seja, que o pretendente aos alimentos realmente dependa do deferimento dos alimentos provisórios para a sua sobrevivência – que é o requisito da **necessidade**, caso contrário, caracterizar-se-á este como um dos meios escolhidos de “ganhar a vida”.

Esta situação conduz a um enriquecimento sem causa, como será adiante demonstrado.

²³⁷ OLIVEIRA, C. A. Á. *A tutela...*, p. 86.

²³⁸ EMENTA: União estável. Companheira. Alimentos provisórios. Os alimentos provisórios, em sede de liminar em ação de reconhecimento de união estável, somente tem cabida quando houver indícios prováveis da alegada existência da união estável e da necessidade da alimentada. Precedentes jurisprudenciais. Agravo de instrumento desprovido. Decisão monocrática. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Especial Cível Agravo de Instrumento Nº 70002898286.. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em: 04 jul. 2001) (grifo meu).

²³⁹ OLIVEIRA, C. A. Á., op. cit., p. 94-95.

IV – O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E O DIREITO DE FAMÍLIA

1 A evolução do enriquecimento sem causa nos diversos sistemas jurídicos

A origem do enriquecimento sem causa remonta ao direito romano, sob a influência da filosofia grega, com base no velho dogma que explica o mito de Nêmesis, personificação da justiça na mitologia: é necessário que o equilíbrio entre os homens não seja mero compromisso.²⁴⁰

Na Idade Média, se de um lado, no Oriente, o enriquecimento sem causa era acolhido como um princípio geral, por outro lado, com a queda do Império Romano no Ocidente, em 476 d.C., verificou-se a decadência do direito romano, que acabou por obstruir o desenvolvimento do instituto do locupletamento sem causa. Foi com o renascimento do direito romano, no século XI, que ressurgiu o estudo do enriquecimento sem causa.²⁴¹

Na Alemanha, o Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) dispõe sobre o enriquecimento injusto do § 812 ao § 822, restando evidente que a lei alemã dispensou o requisito de causa como elemento constitutivo dos contratos²⁴².

A regra geral de proibição do enriquecimento injusto consta no § 812, em que se estipula a obrigação de restituir a quem, pela prestação de outro, ou, à custa dele, por qualquer outro modo, adquirir, sem fundamento jurídico, alguma coisa. A mesma obrigação existe ainda quando o fundamento jurídico, mais tarde, vier a faltar ou quando, com uma prestação não se realize o resultado visado de acordo com o conteúdo do negócio jurídico. Como prestação, considera também o reconhecimento, realizado por contrato, da existência ou da inexistência de uma obrigação.²⁴³

As ações previstas no BGB concedem uma ação de enriquecimento, não tendo a lei

²⁴⁰ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva: 2004, p. 5-6.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 21-22.

²⁴² FERREIRA, José G. do Valle. *Enriquecimento sem causa*. Belo Horizonte: Livraria Oscar Nicolai, 1950, p. 73.

²⁴³ NANNI, op. cit., p. 53.

previsto o seu caráter subsidiário. A doutrina, todavia, sustenta que, para evitar uma amplitude indevida à ação de enriquecimento, ela deve ser empregada, na medida do possível, com caráter subsidiário.²⁴⁴

Na França, o Código não consagra expressamente um princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Em contraste ao direito alemão, baseado estritamente nas situações tipificadas em lei, o enriquecimento sem causa, na França, foi impulsionado pelo reconhecimento dos tribunais. Pela ausência de previsão legal, foi marcadamente atrelado ao entendimento da jurisprudência sobre a questão, subsidiado pelos fundamentos teóricos da doutrina²⁴⁵.

Neste país, sempre se admitiu o princípio do enriquecimento sem causa como fonte não contratual de obrigações²⁴⁶. Apesar de não existir no direito positivo uma regra geral, os tribunais franceses estabeleceram o requisito da subsidiariedade para o exercício da ação *de in rem verso*.²⁴⁷

Na Itália, foi o Código Civil de 1942 que incorporou a ação geral de enriquecimento como um princípio geral, sem olvidar outras situações passíveis de configurar o locupletamento, como o pagamento indevido. Mesmo diante da resistência manifestada por alguns doutrinadores, com a previsão legal, o tema passou a ser profundamente estudado no direito italiano, consubstanciando-se certamente em um dos países de direito codificado que mais se dedicou à questão.²⁴⁸

A jurisprudência italiana, entretanto, aplicando o princípio da equidade, ou fundando suas decisões em princípios gerais do direito, mesmo no regime da lei de 1865, sempre se revelou contrária ao enriquecimento sem causa.²⁴⁹

²⁴⁴ NANNI, *Enriquecimento...*, p. 55.

²⁴⁵ Sílvio de Salvo Venosa refere que a doutrina francesa tentou explicar o princípio do enriquecimento sem causa nos fundamentos da gestão de negócios imperfeita ou na teoria da responsabilidade civil fundada no risco. (VENOSA, *Teoria Geral...*, p. 239).

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 238.

²⁴⁷ NANNI, *op. cit.*, p. 56-58.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 61-63.

²⁴⁹ FERREIRA, *Enriquecimento...*, p. 79.

Para o direito italiano, o enriquecimento sem causa pressupõe um pagamento feito quando não exista o vínculo ou, ainda que existisse, quando ele não está isento de exceções ou defesas que podiam ter-lhe paralisado a eficácia. Quando alguém recebe de outrem uma coisa que de todo não lhe é devida ou não lhe é devida por quem paga gera-se entre as duas partes uma obrigação, em que quem recebeu é obrigado a restituir para reintegrar o patrimônio do *solvens*, o qual se depauperou sem causa, tal como sem causa se enriqueceu o *accipiens*.²⁵⁰

No que diz respeito à Inglaterra, país de sistema do *common law*, apresenta como marco no tema do enriquecimento sem causa o *Mansfield principle*, decorrente de uma decisão proferida por Lorde Mansfield no caso *Moses v. Macferlan*, em 1760²⁵¹.

Esse princípio, apesar de ignorado durante muito tempo, foi revigorado pela decisão proferida no caso *Fibrosa spolka Akcyna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.*, de 1943, por Lorde Wright, o que levou ao pleno reconhecimento do princípio do *injust enrichment*, com a propagação de vários estudos doutrinários.²⁵²

O direito brasileiro, em 1916, igualmente não disciplinou o enriquecimento sem causa, como se verá no próximo segmento, o que resultou alterado no âmbito do Código Civil de 2002.

2 A caracterização do enriquecimento sem causa no direito brasileiro

Conforme acima referido, o Código Civil Brasileiro de 1916 não disciplinou de forma expressa o enriquecimento sem causa como um instituto autônomo.

Tal ausência de previsão no Código Civil de 1916 deveu-se, dentre outros fatores, à

²⁵⁰ RUGGIERO, *Instituições...*, p. 582-583.

²⁵¹ No caso referido, Moses, após haver pago uma quantia em dinheiro com base em uma sentença transitada em julgado, descobre novos elementos que demonstram de modo inconfundível que o pagamento não era devido, e interpõe uma ação com o fim de obter a restituição desse valor. Apesar de o caso apresentar dificuldades na sua solução, especialmente em razão da coisa julgada, Lorde Mansfield, ousadamente, profere a decisão (que ficou famosa), determinando a restituição do valor, fundamentando a obrigação de restituir com base no direito natural e na equidade (NANNI, *Enriquecimento...*, p. 71-72).

²⁵² Nessa decisão, Lorde Wright recuperou a doutrina de Lorde Mansfield, de forma a admitir, largamente, o princípio da restituição do enriquecimento injustificado (NANNI, *Enriquecimento...*, p. 72).

influência do Código Civil Francês, visto que foi adotada a mesma regra, agasalhando apenas o pagamento indevido como uma figura implícita do enriquecimento sem causa.

Consoante constatou Orlando Gomes²⁵³, “a lacuna, entretanto, não devia ser interpretada como rejeição do princípio segundo o qual deve restituir a vantagem patrimonial quem a obteve injustificadamente.” Para tal doutrinador, em que pese não houvesse previsão legal no Código Civil de 1916, o enriquecimento sem causa não deixou de ser fonte de obrigações, naquelas situações que a lei emprestava eficácia constitutiva de específico dever de prestar.

Na linha do magistério de Clóvis do Couto e Silva, a acolhida pelo direito pátrio, da figura do enriquecimento sem causa expressa com vigor a necessidade de que em toda modificação de direitos existe uma causa, sem o que nenhuma pretensão teria o empobrecido.²⁵⁴

Antunes Varela²⁵⁵ classifica o enriquecimento sem causa – pagamento indevido – como uma *nova fonte* de obrigações, visto a obrigação de restituir, a que a disposição se refere, não provir de um contrato, nem de uma declaração unilateral de vontade, nem de um ato ilícito praticado por qualquer das partes.

Mencionado autor acrescenta, ainda, que tal situação consiste em alguém efetuar uma prestação a outrem, com a intenção de solver uma dívida sua, vindo posteriormente a apurar-se que o autor da prestação não era devedor. Se o autor da prestação não era devedor, porque a dívida nunca existiu, porque a dívida existiu, mas já tinha sido extinta, ou porque a dívida não existe ainda, nem se sabe se virá a existir, há um pagamento objetivamente indevido.²⁵⁶

Excelente explicação para o enriquecimento sem causa, comparando-o ao dano,

²⁵³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 250.

²⁵⁴ COUTO SILVA, Clóvis Veríssimo do. A teoria da causa no direito privado. In: Fradera, Vera Maria Jacob (Org.) *O Direito Privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 66-67.

²⁵⁵ VARELA, Antunes. *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 181.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 181.

encontra-se na doutrina de A. Von Tuhr²⁵⁷:

Por enriquecimento entende-se todo incremento patrimonial; é, por conseguinte, o conceito inverso ao do dano. Porém, do mesmo modo que nem todo dano gera um direito à indenização, sendo necessário o concurso de circunstâncias especiais que o abonem – o dano há de supor a culpa, ou, pelo menos, ter sua causa no responsável –, assim, também para que o enriquecimento origine um direito de restituição, é fundamental que ocorra à custa do patrimônio de outra pessoa e, além disso, que não haja razão que o justifique.

O professor português Inocêncio Galvão Telles, de forma bastante simples, define o enriquecimento sem causa “quando o patrimônio de certa pessoa se valoriza ou deixa de desvalorizar, à custa de outra pessoa, e sem que para isso exista uma causa justificativa”.²⁵⁸

Clóvis Beviláqua²⁵⁹ esclarece que, no enriquecimento sem causa, não existe um título justo, uma razão jurídica servindo de base à aquisição, e por isso o direito não a protege, não a defende. Ao contrário, arma o prejudicado pelo enriquecimento injusto de uma ação contra o favorecido por ele. E acrescenta que a ausência de causa (*sine causa*) para o direito romano quer dizer – ausência de um título juridicamente reconhecido para servir de base à aquisição.

O autor francês G. Marty²⁶⁰ destaca a contribuição jurisprudencial para a teoria do enriquecimento sem causa:

A teoria do enriquecimento sem causa é um notável exemplo da jurisprudência de uma relação de direito à margem da lei. Tanto é assim que a maioria dos códigos modernos, como os códigos suíço (arts. 62 a 64) e o alemão (§§ 812 a 822) consagram o princípio de maneira geral, o princípio segundo o qual “ninguém pode enriquecer a custa de um terceiro”, mas o Código não contém a esse respeito nenhuma afirmação geral.

²⁵⁷ TUHR, A. Von. *Tratado de las obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Reus, 1934, v. 1, p. 299.

²⁵⁸ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 131.

²⁵⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 2.ª ed. rev. e acres. Bahia: Livraria Magalhães, 1910, p. 149.

²⁶⁰ MARTY, G. *Derecho Civil: teoría general de las obligaciones*. Traducción española de Cajica. v. 1, p. 256. apud NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações: pagamento, mora, pagamento indevido*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, 2ª. parte, v. 2, p. 86-87.

Fábio Henrique Podestá²⁶¹ refere que o pagamento indevido representa a aplicação específica do que genericamente é conhecido por enriquecimento sem causa, vale dizer, diante da impossibilidade de se catalogarem os casos que justificam a devolução do que foi indevidamente recebido, entendeu o legislador por assimilar ambos institutos, os quais têm sua base na própria equidade²⁶².

É preciso, contudo, encontrar um fundamento para a proibição do enriquecimento sem causa, que venha justificar a sua não-aceitação no ordenamento jurídico brasileiro.

3 O fundamento da proibição do enriquecimento sem causa

A idéia geral de que ao direito não é admissível um acréscimo patrimonial às custas de outrem sem um fato jurídico idôneo a justificá-lo é traduzida tecnicamente como a vedação ao enriquecimento sem causa²⁶³.

Como muito bem analisou Antunes Varela²⁶⁴, antes do Código Civil de 2002, a idéia de que as pessoas deviam restituir aquilo com que, sem causa justificativa, se enriqueceram à custa de outrem estendia-se, no entanto, a muitas outras situações, embora não previstas diretamente na lei, porque correspondia a um daqueles princípios gerais de direito a que se refere o art. 4^o²⁶⁵ da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916.

O mesmo autor adverte que os casos de enriquecimento injusto, contra os quais a reação adequada é a obrigação de restituir imposta ao enriquecido, não provém apenas de

²⁶¹ PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 101.

²⁶² Outrora, o grande Aristóteles já lecionava que a própria natureza da equidade é a retificação da lei onde esta se revela insuficiente pelo seu caráter universal (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Mário de Gama Cury. Brasília: Ed. UnB, 1995, p. 109).

²⁶³ KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 369. Nas sábias palavras do autor citado, esta valoração, contudo, projeta-se para o campo da ciência do direito sob duas formas: primeiro, como um princípio, e, secundariamente, como uma fonte de obrigações, mais especificamente, fonte de uma obrigação de restituir tudo aquilo que foi indevidamente objeto de locupletamento.

²⁶⁴ VARELA, *Direito das...*, p. 180.

²⁶⁵ Art. 4^o: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

situações de fato consumado, pois podem resultar também da necessidade de acautelar a segurança do comércio jurídico, de tutelar a certeza do Direito ou de proteger a boa-fé das pessoas²⁶⁶, de forma que o alimentado não obtenha vantagens patrimoniais pela via da malícia e da desonestidade²⁶⁷.

Exatamente por isso, é na Carta Magna que se encontra o pilar fundamental que veda terminantemente o enriquecimento sem causa à custa de outrem.

Em que pese não existir na Constituição Federal o regramento específico para evitar o locupletamento, até mesmo porque isso constitui função da legislação infraconstitucional, são nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana²⁶⁸, da justiça social²⁶⁹, da segurança jurídica, que se estruturam e alicerçam os preceitos abstratos que vedam o locupletamento.

Ocorrendo uma ampla incidência de valores constitucionais nas relações jurídicas obrigacionais, é impensável cogitar que, em última hipótese, os sujeitos de direito não possam contar com o indissociável instrumento de justiça e equilíbrio patrimonial que é a vedação ao enriquecimento injustificado.²⁷⁰

Nesse sentido, deve se considerar que o instituto do enriquecimento sem causa vai muito além de ser fonte obrigacional, com expressa previsão legal nos arts. 884 a 886 do novo estatuto civilista, não se restringindo às relações jurídicas obrigacionais daí decorrentes.

Em verdade, o enriquecimento sem causa refoge ao limitado campo do direito das

²⁶⁶ Ibidem, p. 190.

²⁶⁷ Para Humberto Theodoro Júnior, o princípio da boa-fé despreza a malícia da parte que se valeu de evasivas para criar convenções obscuras ou duvidosas e posteriormente procurar, de forma maliciosa, obter vantagens incomuns da espécie, bem como o juiz interpretará o negócio de modo que se cumpram ‘as intenções das pessoas corretas’ (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 25).

²⁶⁸ Valoroso sentido é concebido ao princípio da dignidade da pessoa humana relacionando-o ao período pós-moderno por Castanheira Neves: “O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a intelegibilidade do mundo em que vivemos” (NEVES, A. Castanheira. *O direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p.69).

²⁶⁹ O autor português Jacinto Fernandes Rodrigues Bastos, sobre o enriquecimento sem causa, declara: “Parece incontestável a justiça desta consagração. A obrigação de restituir aquilo que se adquiriu sem causa, apresenta-se não só como uma necessidade moral, cujo reconhecimento valoriza o direito, como uma necessidade social no que significa de restabelecimento do equilíbrio injustamente quebrado entre patrimônios e que de um outro modo não poderia obter-se.” apud VENOSA, *Direito...*, p. 232.

obrigações, consubstanciando-se em um princípio de ordem geral a orientar o sistema jurídico como um todo.

Como princípio geral, o enriquecimento sem causa não deve ficar restrito ao direito das obrigações, mas também deve ser aplicado a outras áreas do direito civil, como o direito de família, o qual por ter toda uma feição de proteção aos bens mais elevados da sociedade, como o afeto, a solidariedade, a união, não pode permitir que tais valores sejam utilizados como meio de locupletamento.

4 O enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002

Com razão, o ordenamento jurídico não admite o acréscimo do patrimônio de uma pessoa em detrimento da perda do patrimônio de outra, sem que ocorra uma causa jurídica que explique esse deslocamento econômico²⁷¹.

O moderno autor Sílvio Venosa²⁷², comentando o enriquecimento sem causa, sob a égide do Código Civil de 2002, conclui que, na maioria das vezes, o aumento patrimonial provém de uma justa causa, de um ato jurídico válido, como uma doação ou legado. Todavia, refere que pode ocorrer que esse enriquecimento se opere sem fundamento, sem causa jurídica, desprovido de conteúdo jurígeno, ou, para se aplicar a terminologia do direito tributário, sem fato gerador; configurando, assim, um enriquecimento sem causa, injusto, imoral e, invariavelmente, contrário ao direito, ainda que sob o aspecto da equidade ou dos princípios gerais do direito.

O atual Código Civil de 2002 disciplina o enriquecimento sem causa nos arts. 884 a 886, dentre os atos obrigacionais unilaterais. Reconhece-o, assim, como fonte unilateral de obrigação²⁷³.

²⁷⁰ NANNI, *Enriquecimento...*, p. 162.

²⁷¹ NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte das obrigações. *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 843, jan. 2006, p. 100-101.

²⁷² VENOSA, *Direito...*, p. 230-231.

²⁷³ Segundo preceitua Carlos Nelson Konder, é fonte unilateral de obrigação em uma situação em que ocorre o locupletamento de uma pessoa às custas de outrem, gerando a obrigação de restituir àquela pessoa o que seria

Conforme se depreende do art. 884²⁷⁴, *caput*, do Código Civil de 2002, os pressupostos são: o enriquecimento; o empobrecimento; e a ausência de justa causa.

4.1 O enriquecimento

A doutrina é unânime em considerar o enriquecimento como o requisito indispensável, por natureza, para a configuração do enriquecimento sem causa.

Segundo a doutrina de Mário Júlio de Almeida Costa²⁷⁵, “há de traduzir-se numa melhoria da sua situação patrimonial, que se apura segundo as circunstâncias”.

O enriquecimento²⁷⁶ traduz-se na diferença, para mais, entre o valor que o patrimônio apresenta e o que apresentaria se não ocorresse determinado fato. Graças a esse fato, o patrimônio passou a valer mais ou não passou a valer menos; na diferença está o enriquecimento alcançado.²⁷⁷

4.2. O empobrecimento

Embora a doutrina tradicional coloque o empobrecimento como requisito indispensável para a configuração do enriquecimento sem causa, grande parte da doutrina brasileira considera tal elemento como absolutamente dispensável²⁷⁸.

seu por direito. Neste sentido, passa a figurar ao lado da responsabilidade civil e das obrigações de origem negocial. (KONDER, Enriquecimento..., p. 378).

²⁷⁴ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

²⁷⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 425.

²⁷⁶ Antunes Varela realiza uma importante distinção entre o *enriquecimento real* e o *enriquecimento patrimonial*. Refere que o enriquecimento patrimonial é dado pela diferença entre a situação econômica em que o beneficiário se encontra (situação real) e aquela em que estaria, se não fora a atribuição patrimonial operada (situação hipotética). E que a obrigação de restituir, fundada no enriquecimento sem causa, interessa o enriquecimento *patrimonial* e não o enriquecimento *real*, por ser aquele que retrata, com fidelidade, aquilo com que a pessoa realmente se locupletou à custa de outra. (VARELA, *Direito das...*, p. 195).

²⁷⁷ TELLES, *Direito das...*, 1982, p. 133.

²⁷⁸ A própria Jornada I do Superior Tribunal de Justiça determinou como enunciado n.35: “A expressão ‘enriquecer à custa de outrem’ do CC 884 não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

O que deve restar comprovado de forma estreme de dúvidas é uma diminuição no patrimônio daquele que representa a vítima do locupletamento, de maneira que, ainda que ele seja uma pessoa abastada financeiramente, e essa perda patrimonial não signifique uma substancial modificação em seu patrimônio, caracterize-se em uma perda patrimonial.

Quer-se com isto dizer que o enriquecimento sem causa não depende da circunstância de provocar um empobrecimento no patrimônio do vitimado, mas tão-somente da ocorrência de uma lesão ao patrimônio (prejuízo) agregada ao enriquecimento sem causa do outro. Ou melhor: que ocorra uma privação daquele valor econômico destinado ao prejudicado.

Objetivamente, o significado é que enquanto um patrimônio aumenta ou deixa de diminuir, com o outro dá-se o inverso: diminui ou deixa de aumentar. Isso se explica porque a uma vantagem patrimonial, corresponde um sacrifício também patrimonial.²⁷⁹

4.3 A ausência de justa causa

Tratar da noção de causa no enriquecimento revela-se bastante controvertido e de difícil definição.

Essa carência de causa justificativa ocorre porque ela nunca existiu, ou porque, tendo existido inicialmente, a perdeu em momento posterior.²⁸⁰

Sílvio Venosa define de forma bastante simples e direta o ato jurídico sem causa: “sem causa o ato jurídico desprovido de razão albergada pela ordem jurídica. A causa poderá existir, mas, sendo injusta, estará configurado o locupletamento indevido.”²⁸¹

No direito português²⁸², reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um fato que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial; sempre que aproveita,

²⁷⁹ TELLES, *Direito das...*, p. 135.

²⁸⁰ VARELA, *Direito das...*, p. 196.

²⁸¹ VENOSA, *Direito...*, p. 243.

²⁸² COSTA, M. J. A., *Direito das...*, p. 433.

em suma, à pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar.

É que o sistema jurídico considera que para haver um enriquecimento de uma das partes envolvidas na relação, obrigatoriamente deve haver uma razão que justifique esse enriquecimento de um lado e empobrecimento de outro. Do contrário, estar-se-á admitindo e incentivando o desequilíbrio da relação. E, exatamente porque é reputado injusto o benefício injustificadamente alcançado, deve ser concedido ao prejudicado o direito ao reembolso, ainda que se trate de direito de família, consoante se discorrerá adiante.

5 O enriquecimento sem causa no direito de família

A família, como base da sociedade, em que pese receba especialíssima proteção do Estado, segundo já longamente discorrido nesse trabalho, pode e deve sofrer as incidências das normas gerais do ordenamento jurídico.

Considerando-se, assim, que ao lado das regras de caráter pessoal existem relações jurídicas patrimoniais conexas, é fundamental que se tenha como um princípio presente no direito de família a proibição ao enriquecimento sem causa, exatamente para que as relações patrimoniais decorrentes dessas relações familiares não sejam usadas como forma de enriquecimento ilícito.

Cumprе ressaltar que o fato de estar se tratando de uma relação familiar, não a coloca em um patamar superior, ou seja, não a transforma em uma relação juridicamente superior às outras relações jurídicas existentes. Ao contrário, mais do que nunca, deve sempre haver orientação no sentido de que, mesmo se tratando de relações familiares, devem lhe ser aplicadas as regras gerais que regem o ordenamento jurídico, para, dessa forma, preservar a igualdade de direitos entre as partes. Pois a parte que teve prejuízo em seu patrimônio não pode ser vítima de tamanha desigualdade em nome de princípios outros - de menor relevância -, como o da regra da irrepetibilidade de alimentos no direito de família, haja vista que, no que tange à parte que sofreu o prejuízo financeiro, também incide o princípio da dignidade da pessoa humana.

Como o reconhecimento jurídico da união estável foi uma grande evolução no direito

familiar, especificamente para que uma das partes deixasse de sofrer graves prejuízos econômicos em razão do não reconhecimento dos direitos patrimoniais daí advindos, o uso desmensurado do direito alimentar e da pretensão ao reconhecimento de uniões estáveis inexistentes, sob o mesmo aspecto, não podem servir como fonte de enriquecimento sem causa.

Faz-se imperioso consignar que, atualmente, nosso Tribunal de Justiça, embora de forma minoritária, tem reconhecido direitos aos concubinos concomitantemente ao casamento ou à união estável²⁸³, ou seja, reconhecendo direitos ao concubinato adulterino²⁸⁴.

Destaca-se que aqueles que são favoráveis ao reconhecimento do concubinato adulterino, no sentido de conferirem a ele efeitos jurídicos decorrentes da união estável²⁸⁵, fundamentam tal posição no sentimento de justiça, em que a companheira não pode ser privada de direitos após longos anos de convivência, em que pese ciente dos riscos inerentes a essa situação²⁸⁶.

²⁸³ Exemplo claro dessa posição se encontra no seguinte acórdão do Tribunal de Justiça de nosso Estado: EMENTA: APELAÇÃO. UNIÃO ESTÁVEL PARALELA AO CASAMENTO DE PAPEL. ARTIGO 1.727 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EFEITOS. Interpretação do Código Civil de 2002 com eticidade, socialidade e operabilidade, como ensina Miguel Reale. Reconhecimento de efeitos a união estável paralela ao casamento de papel, como medida que visa evitar o enriquecimento ilícito. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (SEGredo DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70014248603. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 27 abr. 2006)

²⁸⁴ Interessante registrar que, há mais de 10 anos atrás, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concedia direitos ao concubinato adulterino, ainda que em vigor o casamento, consoante se verifica da seguinte decisão: CONCUBINATO - Meação dos bens - União estável e duradoura com outra mulher na constância do casamento - Efetiva existência da sociedade de fato - Perfeita distinção entre a vida conjugal da família de fato e a de direito - Restrição da meação da concubina ao único imóvel em que convivia com o falecido companheiro - Recurso provido para esse fim. Constatada a contribuição indireta da ex-companheira na constituição do patrimônio amealhado durante o período de convivência more uxorio, contribuição consistente na realização das tarefas necessárias ao regular gerenciamento da casa, aí incluída a prestação de serviços domésticos, admissível o reconhecimento da existência da sociedade de fato e do conseqüente direito à partilha proporcional. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 217.102-1 - Ribeirão Pires - Relator: J. Roberto Bedran - CCIV 2 - v.u. - 06 dez. 1994).

²⁸⁵ Nesse sentido foi o voto de Des. José Ataídes Siqueira Trindade na AC nº 70006789226, 8ª CCTJRS, em acórdão em que foi relatora a Des. Catarina Rita Krieger Martins, julgado em 11.12.2003: “Minha posição é no sentido de que se a união paralela preenche os requisitos da união estável, embora ausente a fidelidade, porque a companheira paralela sabia da manutenção do casamento formal, nesses casos, venho reconhecendo esta união paralela como união estável e pelo que depreendi do que existe nestes autos, o longo período de convivência, leva ao entendimento de que efetivamente não se tratou de uma convivência esporádica, de um amor qualificado, como dizia a Dra. Jucelana, quando com brilhantismo atuou nesta Câmara, mas, evidentemente, uma autêntica união estável. Então, com a devida vênua da eminente Relatora e do Revisor, reconheço esta união estável paralela, e, como conseqüência do reconhecimento, haverá a partilha de bens, obviamente esta partilha, como nós temos dado aqui, nas raras vezes em que somos vencedores, diante da composição da Câmara, é no sentido de que a convivente na união paralela reconhecida receba 50% da meação da mulher que mantinha o casamento formal para não atingir e prejudicar os filhos.”

Nessa mesma perspectiva, há decisão²⁸⁷ admitindo que o concubinato adúltero seja igualado à união estável, com fundamento no próprio enriquecimento ilícito: “reconhecimento de efeitos a união estável paralela ao casamento de papel, como medida que visa evitar o enriquecimento ilícito”.

Ora, *data maxima venia* à referida decisão do egrégio Tribunal de Justiça, é inconcebível que se admita como união estável um relacionamento amoroso paralelo ao casamento ou à união estável, com justificativa exatamente na vedação ao enriquecimento ilícito, porque conceber o concubinato adúltero como união estável é que conduz a esse enriquecimento. Imagina-se que se essa tendência prosperar em nossos fóruns e tribunais, estar-se-á literalmente “rasgando a lei” e, com certeza, legitimando o enriquecimento sem causa.

É consabido ter ocorrido uma reviravolta dos costumes no mundo ocidental, que os valores sofreram forte revisão pela sociedade, a qual passou a olhar com mais tolerância os comportamentos adúlteros, que outrora eram tidos como de intensa gravidade moral, e até mesmo considerados como criminosos.

Contudo, se os concubinos puderem livremente se beneficiar do regime da “união estável”²⁸⁸, sem atentar para a situação do casamento paralelo, ou de outras uniões simultâneas, ter-se-á uma concomitância de múltiplas situações jurídicas familiares de uma só pessoa, envolvendo parceiros diferentes, gerando, o que Orlando Gomes considera, uma “promiscuidade intolerável”²⁸⁹.

Na verdade, a existência dessas uniões simultâneas, em termos morais, pouco interessa ao Estado, já que vivemos sob os ditames de uma cultura ocidental. A questão torna-se deveras séria quando o Estado, interferindo na vida privada do cidadão, reconhece direitos de ordem patrimonial a essas uniões que coexistem paralelamente ao casamento ou à união

²⁸⁶ Cf. MALHEIROS FILHO, O ânimo..., p. 94.

²⁸⁷ É o caso da decisão já citada na nota de rodapé de nº 283.

²⁸⁸ Com efeito, no que tange ao adultério, é de se ressaltar que “a censurabilidade do adultério não haverá de conduzir a que se locuplete, com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica” – conclusão retirada de uma decisão do BRASIL Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma REsp 47.103-6/SP. Relator Min. Eduardo Ribeiro. DJ 13 fev. 1995.

²⁸⁹ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 46.

estável²⁹⁰. Certamente, a função que desempenha é a de auxiliar na criação das condições básicas de desenvolvimento social, todavia, não lhe é permitido agir invasivamente na vida privada, para que os cidadãos possam livremente eleger os seus objetivos e projetos de vida.

É inegável que esse reconhecimento é a própria legitimação, pelo Estado, do adultério²⁹¹, em uma sociedade em que os valores morais já se encontram tão fortemente corrompidos. Permitir essa interpretação significa subverter a ordem e a lógica do sistema, em que a família erige-se sobre o vínculo monogâmico²⁹², comprometendo, nesse aspecto, o principal elemento do Estado de Direito: a segurança no comércio jurídico²⁹³.

Impõe seja alertado que as regras de direito de família, exatamente por envolverem elevados interesses morais e as relações afetivas, bem como por tratarem de direitos e deveres tão relevantes do ser humano, não podem jamais se afastar da ética como uma referência para o alcance da dignidade de cada um dos envolvidos²⁹⁴.

As decisões judiciais dessa ordem, ou seja, que reconhecem relações amorosas com efeitos de união estável concomitantemente ao casamento ou a uma verdadeira união estável²⁹⁵, atacam diretamente os institutos do casamento e da união estável, privilegiando

²⁹⁰ Em sentido contrário: EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. MATRIMÔNIO HÍGIDO. CONCUBINATO. RELACIONAMENTO SIMULTÂNEO. Embora a relação amorosa, é vasta a prova de que o varão não se desvinculou do lar matrimonial, permanecendo na companhia da esposa e familiares. Sendo o sistema monogâmico e não caracterizada a união putativa, o relacionamento lateral não gera qualquer tipo de direito. apelação provida, por maioria, vencida a relatora. (Segredo de Justiça) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70010075695. Relatora: Maria Berenice Dias, Julgado em 27 abr. 2005)

²⁹¹ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONCUBINATO ADULTERINO. Ao Estado cabe a proteção a apenas uma família. A mulher que alega ter sido concubina de um homem casado, cujo casamento não desconhecia, é cúmplice de adultério, que através dos tempos sempre mereceu reprovação. Por se tratar de concubinato com homem casado, que não se separou da esposa, descabida a pretensão da autora. Apelo desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70005663307. Relator: Antônio Carlos Stangler Pereira. Julgado em: 18 dez. 2003) (grifo meu).

²⁹² EMENTA: UNIÃO ESTÁVEL. REQUISITOS. PROVA. CONVIVENTE FALECIDO QUE SEMPRE MOROU COM A ESPOSA E AS FILHAS. CONCUBINATO ADULTERINO. 1. **A monogamia constitui princípio que informa o direito matrimonial, não sendo possível reconhecer um concubinato adulterino como sendo união estável.** 2. A união estável pressupõe a existência de uma relação afetiva pública e notória, com manifesta intenção de constituir um núcleo familiar. 3. Se o de cujus era casado e sempre manteve vida conjugal com a esposa, sem dela se afastar jamais, a relação entretida com a autora foi de mero concubinato adulterino. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70017561234. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 28 fev. 2007) (grifo meu).

²⁹³ MALHEIROS FILHO, O ânimo..., p. 94.

²⁹⁴ Sobre a ética nos litígios de direito de família, veja excelente artigo de AZAMBUJA, Maria Regina Fay. A ética nos processos desgastados pelo litígio. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho e (Org.) *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Vox Legem, 2006, p. 521-538.

²⁹⁵ Colaciona-se decisão nesse sentido: UNIÃO ESTÁVEL – POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO –

patrimonialmente as uniões adúlteras em detrimento da “família”, que o Estado busca tanto tutelar. O Estado não pode e nem deve aceitar a formação de famílias ilegítimas, ou seja, a proteção conferida à família ilegítima não deve ser igualada à proporcionada à família constituída pelo casamento ou pela união estável, sob pena desse mesmo Estado provocar e legitimar o enriquecimento ilícito.

Assinale-se que o Código Civil de 2002, em seu art. 1727²⁹⁶, fez referência expressa ao concubinato adúltero ou impuro, revelando que, neste, existe cometimento de adultério quando do relacionamento de um homem ou de uma mulher casados com quem não é seu cônjuge (podendo-se aplicar analogicamente à união estável).

Outra hipótese de enriquecimento ilícito diz respeito ao direito a alimentos, quando, por exemplo, efetivado pleito de verba alimentar por ex-convivente, mesmo na circunstância de o alimentando apresentar condições para o trabalho, ou, ainda, pleitear em valor superior à sua necessidade. Nesses casos, certamente, ele estará obtendo uma vantagem indevida, aumentando seu patrimônio sem motivo legítimo, com base no desfalque do patrimônio alheio.

Como muito bem elucidada Sílvia Venosa sobre o tema, “não podemos pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa”.

De qualquer sorte, revela-se notável o elevado número de pedidos em ações de reconhecimento de união estável requerendo pretensão alimentar para pessoas jovens²⁹⁷ ou

AINDA QUE SE TRATE DE CONCUBINATO IMPURO OU ADULTERINO – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível o reconhecimento de união estável, ainda que se trate de concubinato impuro, quando comprovado que o casal manteve duradoura e íntima convivência, que permitiu o vizindário da recorrente acreditar que o casal fosse casado, em razão de serem vistos freqüentemente juntos. O fato de o apelante e o pai dos apelados não ter residido sob o mesmo teto não significa ausência de coabitação, já que para a caracterização do concubinato não se faz indispensável a moradia no mesmo lar conjugal. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 5ª C.Cív. APCV 000.305.804-7/00. Relatora: Desª Maria Elza. Julgado em: 22 maio 2003)

²⁹⁶ Art. 1727: As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

²⁹⁷ EMENTA: União estável. Dissolução. Partilha. Alimentos para a mulher. Culpa e indenização. Direito de visita: regulamentação. 1. Não havendo comprovação da aquisição de patrimônio durante a convivência, nada há a ser partilhado. 2. **Mulher jovem e saudável, beirando os trinta anos, pode e deve trabalhar, não sendo o filho de dois anos óbice ao exercício de profissão.** [...] Recurso parcialmente provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 599203213. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 02 jun. 1999) (grifo nosso)

ainda aptas ao trabalho²⁹⁸, as quais passam a ter uma vida de ócio, às expensas do (a) ex-companheiro (a).

É importante registrar, todavia, que a aplicação desse princípio no direito de família deve ser aplicado com extrema parcimônia pelo juiz, uma vez que não se pode vilipendiar um direito supremo, como é o direito à vida – o qual os alimentos visam a resguardar – e o princípio da dignidade da pessoa humana, em detrimento da questão patrimonial relativa ao pagamento da verba alimentícia.²⁹⁹

Nesse sentido, o operador do direito, amparado pelo princípio da proporcionalidade³⁰⁰, deve sopesar tanto a dignidade humana do credor de alimentos como a do devedor de alimentos, para que o aspecto patrimonial não prepondere de forma absoluta a causar o locupletamento do credor de alimentos, ou, de outra banda, venha a sacrificar o direito à vida desse mesmo credor de alimentos³⁰¹.

Na seqüência do estudo do enriquecimento sem causa, no direito de família, deve-se dar destaque à obrigação de restituição.

5.1 O enriquecimento sem causa no direito de família e a obrigação de restituição

²⁹⁸ EMENTA: União estável. Exoneração de alimentos em relação à ex-companheira. Honorários advocatícios. **1. Descabe fixação de alimentos para a ex-companheira quando esta, com pouco mais de quarenta anos, sendo apta ao trabalho, continua ociosa, mesmo passados dois anos da separação de fato do casal. Trabalho é obrigação e não opção.** Inaceitável a acomodação na expectativa de pensão alimentícia. Indemonstrada a necessidade dos alimentos, mas a conveniência, imperioso extinguir a relação obrigacional. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 598064137. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 07 out. 1998) (grifo nosso)

²⁹⁹ NANNI, *Enriquecimento...*, p. 396.

³⁰⁰ Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito civil veja o artigo “Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito civil”, na RTDC - Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 7, vol. 25, janeiro a março de 2006, p. 119/137, de Rafael Carvalho Rezende Oliveira.

³⁰¹ Como muito bem ensina Maria Aracy Menezes da Costa, poderá haver um conflito direto entre dignidades de pessoas diversas, como o conflito entre as dignidades de quem pede alimentos e a de quem os alcança. Aduz que para a solução adequada é necessário hierarquizar axiologicamente, aplicando a interpretação sistemática do direito (COSTA, Maria Aracy Menezes da. Pensão alimentícia entre cônjuges e o conceito de necessidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 85, t. 1, mar. 2002, p. 440).

O enriquecimento sem causa gera a obrigação de restituir o acréscimo patrimonial indevido no acervo de alguém à custa do sacrifício de outrem³⁰².

Tanto entre autores antigos como modernos, verifica-se que, configurado o desequilíbrio patrimonial, resultante do enriquecimento sem causa, a forma que possui a parte prejudicada de repor o seu estado anterior ao pagamento indevido, dá-se por meio da ação *in rem verso*³⁰³.

A ação *in rem verso* objetiva tão-só reequilibrar dois patrimônios, que se encontram desequilibrados sem fundamento jurídico. Não diz respeito à noção de perdas e danos, de indenização de ato ilícito e, nem sempre de contratos.³⁰⁴

O doutrinador francês Marty³⁰⁵ cita importante julgado daquele país quanto à ação *in rem verso*, destacando o seu caráter subsidiário:

A ação de restituição, fundada no princípio da equidade, que proíbe o enriquecimento em detrimento de terceiro, deve ser admitida em todos os casos em que há o aumento de patrimônio sem uma causa legítima, à custa de outro, para a obtenção do que lhe é devido, de nenhuma ação nascida de um contrato, quase-contrato, delito ou quase-delito.

O problema que se apresenta é a fixação do que seja a exata medida dessa restituição, que não se trata de uma indenização, mas de uma reparação na medida do enriquecimento alcançado contra alguém.

Conforme leciona Inocêncio Galvão Telles³⁰⁶, essa medida está sujeita a duplo limite: não excederá o valor do enriquecimento nem o do empobrecimento. O empobrecido não pode pretender mais do que aquilo em que o outro sujeito se enriqueceu, pois, ao contrário, haveria injustiça para este, tendo de desembolsar valor superior ao do seu benefício. Mas também não

³⁰² BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994, v. 1, p. 550.

³⁰³ Fábio Henrique Podestá comentando a parte processual da referida ação, esclarece que o ônus da prova quanto à ocorrência do pagamento indevido (a prova dos requisitos analisados) é do autor da ação. O réu, por sua vez, deverá demonstrar que o *solvens* tinha conhecimento sobre o não dever de prestar, ou seja, que o pagamento não era exigível. (PODESTÁ, *Direito das...*, p. 104.

³⁰⁴ VENOSA, *Direito...*, p. 242.

³⁰⁵ MARTY, G. *Derecho Civil*: teoria general de las obligaciones. Traducción española de Cajica. v. 1, p. 256. apud NONATO, *Curso de...*, p. 87.

³⁰⁶ TELLES, *Direito das...*, p. 139.

pode pretender mais do que aquilo em que ele próprio empobreceu, pois haveria igualmente injustiça em o prejudicado receber valor superior ao do seu prejuízo.

Cumpra também destacar o Código Suíço³⁰⁷, o qual, claramente, levanta as hipóteses que levam à obrigação de restituir: “por quem haja recebido sem causa válida, em virtude de uma causa que não se tenha realizado, ou de uma causa que tenha deixado de existir.”

Como é consabido, para a existência da obrigação há um mínimo necessário: um devedor, um credor, um vínculo ligando o primeiro ao segundo, tendo como objeto da obrigação a prestação, que pode ter várias formas.

Nesse sentido, revela-se o direito do alimentante em promover a ação *in rem verso*, em razão de o alimentando ter recebido pensão alimentícia sem causa válida, ou ter desaparecido a causa que a justificava. Assim, inexistente o vínculo jurídico, caso tenham sido pagos alimentos, surge o direito à sua restituição. Do contrário, o alimentando estará se locupletando sem justa causa, sem uma causa jurídica que o fundamente, no caso, em específico: sem o vínculo jurídico da união estável, ou, sem a razão que desencadeava o direito a alimentos decorrente da união estável.

Impõe seja admitida a possibilidade de restituição judicial da obrigação denominada de alimentícia em diversas circunstâncias em que a pessoa continua a receber alimentos indevidamente, mesmo tendo desaparecido a causa jurídica justificante, configurando afrontoso enriquecimento ilícito:

- a) a (o) ex-convivente que já tem renda própria, por ter conseguido trabalho;
- b) a (o) ex-convivente que recebeu grande herança;
- c) a (o) ex-convivente que reconstruiu sua vida amorosa e tem novo (a) companheiro (a) ou marido (esposa).

³⁰⁷ Art. 62: “Quien sin causa legítima se enriquece a expensas de otro, está obligado a restituir. La restitución es debida en particular por quien ha recibido sin causa válida, en virtude de una causa que no se ha realizado, o de una causa que ha cesado de existir.” Citado na obra de NONATO, *Curso de...*, p. 99.

Em todos esses casos, a restituição é devida porque deixou de existir a causa justificadora do enriquecimento, qual seja, **a estrita necessidade**.

Também há a circunstância de terem sido concedido liminarmente alimentos em ação de reconhecimento da união estável, tendo ao final da ação, com decisão transitada em julgado, sido decidido pela não-existência da união. Quer dizer, assim, que a causa que justificou a decisão liminar de alimentos, qual seja, a união estável, nunca existiu, portanto, todos os alimentos recebidos durante o desenrolar da ação ocorreram indevidamente, cabendo a ação de restituição.

Rolf Madaleno³⁰⁸ destaca, ainda, a morosidade da ação exoneratória como uma das causas de enriquecimento ilícito, porquanto o dito credor fica durante todo o processo recebendo alimentos que ele sabe indevidos, com o propósito de auferir prestações consideradas irrestituíveis, porque venceram no curso de uma lenta ação de exoneração.

Ainda na esteira de suas palavras:

Há situações de notório e aberrante enriquecimento sem causa que deveriam motivar até mesmo o mais formal dos julgadores, a deferir a exoneração alimentar em sede de tutela antecipada, mas cujo crédito continua ingressando indevidamente no ativo do alimentário que se favorece do processo, e da ausência do trânsito em julgado da sentença de exoneração. Animado, porque os alimentos são devidos até o fim da ação, para agravar mais ainda a frágil posição processual do devedor alimentar que não dispõe de qualquer mecanismo de contrapressão, toda vez que, indignado, deixa de pagar os alimentos de que ainda é formalmente devedor, vendo-se coagido com execuções propostas por coação física para pagar alimentos que deixaram de existir.³⁰⁹

Considerando-se, ainda, a viabilidade de responsabilidade civil no direito de família, mesmo que se levantem mares de contenda diante dessa realidade, a viabilidade de restituição no direito de família é efetiva e atual, havendo de ser exercitada, por certo, dentro de critérios limitadores.

Por óbvio, faz-se necessário deliberar sobre a existência de critérios limitadores justamente pelo justificado receio de que a possibilidade de restituição dos alimentos, quando

³⁰⁸ MADALENO, Obrigação..., p. 587.

³⁰⁹ Ibidem, p. 587.

considerados ilegítimos ou ilegais, assim como a responsabilidade civil na seara familiarista, não venham a trilhar o caminho da banalização.

Ocorre que o fato de o direito de família lidar com valores morais concebidos como de patamar superior na sociedade, por terem relação direta com a personalidade dos sujeitos, não podem criar uma discriminação em relação aos outros direitos, e, assim, promover a desigualdade entre as pessoas envolvidas.

Os exegetas, ao avaliarem situações como essa, devem especialmente levar em consideração o princípio da boa-fé objetiva³¹⁰, o qual não existe apenas para ser aplicado nas questões envolvendo negócios jurídicos, mas em todas as relações que permeiam a conduta das pessoas envolvendo direitos patrimoniais. É um princípio geral que foi primeiramente reconhecido no Código de Defesa do Consumidor, sendo, secundariamente, legislado pelo novo Código Civil, em seu artigo 422, no título que trata dos contratos, mas que pode e deve ser aplicado a outras relações que tenham por objeto interesses patrimoniais, exatamente por não se caracterizar como um princípio específico dos contratos, mas decorrente do sistema jurídico³¹¹.

Segundo entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes³¹², sob a ótica civil-constitucional, a boa-fé³¹³ representa, pois, a valorização da pessoa humana em oposição à senhoria da vontade expressa pelo individualismo jurídico.

Nessa seara, pode-se aferir que na sociedade pós-moderna a boa-fé³¹⁴ se faz presente

³¹⁰ Sobre boa-fé objetiva, consultar obra de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

³¹¹ Interessante referir que o Código Civil de 2002, tendo como consequência a repersonalização das relações civis, no que diz respeito ao direito familiar, passou a valorizar primordialmente a pessoa humana em detrimento dos interesses patrimoniais, como decorrência do princípio norteador da dignidade da pessoa humana.

³¹² Faz parte do prefácio que Maria Celina escreveu no livro de NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

³¹³ Ainda, sobre boa-fé objetiva, veja interessante artigo de Véra Maria Jacob de Fradera em que a doutrinadora realiza um estudo comparativo sobre a aplicação deste princípio nos três sistemas jurídicos (FRADERA, Véra Maria Jacob de. *A boa-fé objetiva: uma noção comum no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato*”, ÁVILA, Humberto (Org.) *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 357-377).

³¹⁴ Consoante referiu o douto Clóvis do Couto e Silva, há mais de 20 anos atrás, o princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado da outra parte. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar à do pretor romano, criando o “Direito do caso” (COUTO E SILVA, A teoria..., p. 42).

em todas as relações jurídicas, sejam elas privadas ou públicas, como um princípio ético trabalhando a favor da dignidade da pessoa humana, que é o fim maior de todo o ordenamento jurídico.

Por fim, saliente-se que, embora uma das características da obrigação de alimentos seja efetivamente a irrepetibilidade³¹⁵, vários princípios que envolvem os direitos fundamentais do ser humano fundamentam o direito à repetição do indevido, como forma de equilíbrio das relações sociais.

Desta sorte, deve-se buscar os fundamentos jurídicos para revogar a regra da irrepetibilidade dos alimentos, de modo a embasar o raciocínio até aqui desenvolvido.

5.2 Os fundamentos jurídicos para a revogação da regra de irrepetibilidade dos alimentos

A caracterização de que os alimentos sejam irrepetíveis encontra eco em antiga doutrina, sob a justificativa de que o dever alimentar constitui matéria de ordem pública e somente nos casos legais pode ser afastada, devendo subsistir até decisão final em sentido contrário³¹⁶.

Nesse sentido, embora não exista disposição expressa em nosso estatuto civilista, regulando a não devolução dos alimentos provisórios ou definitivos recebidos, concebe-se como pacífica na jurisprudência de nossos tribunais, a irrepetibilidade das pensões ou de parcelas pagas pelo obrigado³¹⁷.

³¹⁵ Sobre o tema, Áurea Pimentel Pereira proclama que como os alimentos são concedidos para o sustento do alimentante, devem ser os mesmos havidos como presumidamente consumidos, o que afasta, naturalmente, toda e qualquer possibilidade de sua restituição (PEREIRA, A. P. P., *Alimentos...*, p. 4).

³¹⁶ OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino. *Dos alimentos no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, n. 81, p. 173.

³¹⁷ EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS CUMULADA COM AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DESCABIMENTO. Deve ser extinta a ação de prestação de contas (cumulada com a revisional de alimentos) que o alimentante move contra o alimentando, com base no art. 267, VI do CPC, pela ilegitimidade daquele, e pela impossibilidade jurídica do pedido. Não se perquire de declaração de crédito ou débito entre eles, ante a irrepetibilidade dos alimentos. Precedentes do Tribunal. Agravo de instrumento parcialmente provido. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70017308271. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em: 21 dez. 2006). EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. A irrepetibilidade é uma das características da obrigação alimentar, de modo que o beneficiário da pensão, que por algum motivo

Assim, embora as decisões dos tribunais tenham a irrepetibilidade como característica fundamental da obrigação legal dos alimentos, cabe aos intérpretes da lei reverem tal regra, pois ela não pode servir como fundamento ao enriquecimento ilícito, sob pena de o Judiciário compactuar com a concessão de alimentos não devidos, desconsiderando, de forma absoluta, a necessidade de adequação da “letra fria da lei” à evolução da consciência social, às transformações ocorridas desde os meados do século passado.

Na interpretação das regras legais, especificamente no que tange à característica da irrepetibilidade dos alimentos, não se pode deixar de considerar que se está diante de um novo modelo jurídico de família, consagrado pelos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade, sendo exigido, por essa razão, serem revisados diversos conceitos atrelados a uma concepção de família ultrapassada.

A aplicação de uma norma legal deve ser sempre harmonizada com o sistema jurídico, sob pena de configurar verdadeiro abuso de direito³¹⁸. Por isso, os operadores do direito devem buscar soluções jurídicas que tutelem os interesses das partes envolvidas com os mecanismos disponíveis no próprio ordenamento jurídico.

Deve ser vedado, portanto, ao credor de alimentos, enriquecer favorecido por essa regra, na circunstância de **não mais existir**, ou **nunca ter existido a causa jurídica** que o levou “*um dia*” a ser merecedor de alimentos – entender-se o contrário significa legitimar o inconstitucional e o ilegal.

O direito não tolera que alguém receba vantagem, obtendo acréscimo patrimonial em detrimento de outrem sem uma causa jurídica, isto é, por meio de um ato que não seguiu uma estrutura econômico-social reconhecida pelo ordenamento jurídico³¹⁹.

Assim, o que se tem efetivamente no caso em questão é uma colisão de interesses: de

recebeu mais que o devido não tem obrigação de reembolsar o alimentante, salvante a hipótese de litigância de má-fé, inócurre aqui. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70015349970. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 06 set. 2006)

³¹⁸ Consoante Heloísa Carpena Vieira de Mello, o dever de não abusar traduz-se no dever de atuar segundo a boa-fé, consentâneo com os bons costumes ou conforme a finalinade econômica ou social do mesmo direito, ou seja, dentro dos limites que, para o direito em questão, resultam do seu fundamento axiológico (MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 315).

um lado está o direito à alimentos, que protege o direito à vida, e de outro está o direito de o indivíduo não ser aviltado em seu patrimônio, de não ter seu patrimônio diminuído injusta ou ilicitamente, porque o Estado, em determinado momento, estipulou que os alimentos seriam irrepetíveis, independentemente do caso em concreto.

Para que se sacrifique, assim, o mínimo possível cada um dos interesses ou direitos em colisão, de forma a que se produza um resultado socialmente desejável, necessário se faz que haja uma ponderação³²⁰ dos valores conflitantes, isto é, que se estabeleça o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, em virtude de não existir um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, fazendo-se concessões recíprocas, a fim de que se chegue a uma solução que melhor atenda o ideário constitucional na situação apreciada³²¹.

Nessa seara, em que pese se tenha conhecimento de que os direitos não são necessariamente restringíveis, ocorrendo o conflito de direitos, essa restrição se impõe como uma forma de harmonização e conciliação dos direitos fundamentais ou interesses constitucionais³²².

Com base nisso, embora a regra da irrepetibilidade dos alimentos decorra do princípio fundamental do direito à vida, realizando-se a ponderação dos valores em jogo, depreende-se que esta regra não pode prevalecer em relação ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa, que também está calcado em um princípio fundamental, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal princípio deve ser visto como um elemento inspirador das decisões judiciais concessivas ou denegatórias de alimentos, implícita ou explicitamente demonstrado no texto da decisão, pois, assim como a fixação dos alimentos aquém do mínimo necessário à sobrevivência do alimentando ofende frontalmente o princípio da dignidade da pessoa

³¹⁹ NEVES, J. R. C., O enriquecimento..., p. 106.

³²⁰ Segundo doutrina de Ana Paula Barcellos, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis, em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. E o que comumente ocorre nos casos difíceis é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias (BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55).

³²¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32-33.

humana, de outra banda, a fixação da verba alimentar de forma exacerbada ou além das condições econômico-financeiras do alimentante, ofende, da mesma forma, a sua dignidade³²³.

O direito do alimentando não pode ser colocado em patamar superior ao do devedor de alimentos, já que os dois pólos da relação jurídica têm assegurado o direito à igualdade e merecem ser respeitados na dignidade de suas pessoas. Em outras palavras, a dignidade do alimentando não é superior, nem inferior, à dignidade da pessoa do alimentante.

Brilhante é a lição de Sérgio Gilberto Porto no que tange à nova visão do instituto dos alimentos, de que não pode mais ser concebido conforme a concepção romanística que o entendia como um ofício de piedade simplesmente, quiçá, baseado na solidariedade social, pois, hoje, muito mais do que moral, trata-se de um instituto largamente regulado pelo direito.³²⁴

Assim, a aplicação do direito deve tornar-se um instrumento de solidariedade social, devendo o operador jurídico empregar métodos de interpretação inovadores, que lhe permitam fazer justiça social³²⁵.

Nessa ordem de idéias, quando se fala de justiça social e se tem dois pólos em uma relação jurídica, revela-se inaceitável que um dos pólos se favoreça economicamente em detrimento da outra pessoa, a qual, - não se pode jamais esquecer -, também tem direitos de personalidade, concebidos à luz da intangibilidade ética do patrimônio físico e moral do ser humano, em todas as dimensões do viver físico, mental e espiritual³²⁶.

Por oportuno destacar a teoria moral kantiana, que sublinhou as idéias de autonomia, moralidade, dignidade e Direito universal, dando especial ênfase ao valor da dignidade

³²² STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 142-143.

³²³ SPAGNOLO, Juliano. Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.) *Tendências constitucionais no direito de família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 151-152.

³²⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1993, p. 12.

³²⁵ Veja SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 102.

³²⁶ Conforme PIOVESAN, Flavia; RUSSO JÚNIOR, Rômolo, Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da costa;

humana, como valor inerente à pessoa, é disposto como imperativo categórico universal: “Aja apenas de forma a que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal.”³²⁷

Com efeito, a proteção integral da pessoa e de tudo aquilo que sua estrutura exige para o seu bem-estar é, sem reбуço de dúvida, o que perseguem os direitos fundamentais e os direitos personalíssimos³²⁸, consagrando a dignidade da pessoa humana.

Logo, se a ponderação é inevitável, por conta da complexidade da sociedade contemporânea, da estrutura estatal e da própria Constituição, os cidadãos não estão obrigados ou subjugados a dependerem exclusivamente de cada intérprete e de suas convicções pessoais de forma arbitrária. Parâmetros devem ser buscados para balizar e controlar essa ponderação, de modo a assegurar, ao menos, a equidade, nas relações jurídicas envolvidas.

Conquanto os direitos humanos fundamentais relacionem-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual, tendo um universal reconhecimento pela sociedade, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais, cabe perquirir até que ponto tem o Estado, por meio do Poder Judiciário, o direito de interferir nas relações familiares, de modo a consentir na caracterização do enriquecimento sem causa, deliberada e ostensivamente, sob o argumento da peculiaridade do tema envolvido.

Identifica-se, assim, a necessidade de adaptação das soluções para os descompassos enfrentados diante dos conflitos familiares atuais em detrimento de um direito que não evoluiu tanto quanto a vida real, um direito que, durante muito tempo, permaneceu alheio ao processo de transformação das relações de família e suas necessidades.

Nessa seara, alguns dogmas e certezas do direito de família, outrora concebidos como verdades irrefutáveis, devem ser superados para o bem dos próprios cidadãos, de forma a

GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 15-16.

³²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamental principles of the metaphysics of moral in basic writings of Kant*. New York: Allen W. Wood, 2001, p.178.

³²⁸ JABUR, Gilberto Haddad. Breve leitura dos direitos de personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e sua*

impedirmos a criação de uma verdadeira “indústria” de uniões estáveis, bem como evitarmos a monetarização das relações afetivas. Assim, o desafio da questão debatida centra-se em lutar para que os sentimentos e os afetos não se transformem em pecúnia, de forma a sempre valorar a dignidade das pessoas.

CONCLUSÃO

Encaminhando as conclusões deste trabalho, destaca-se que foram tratados alguns aspectos cruciais dos novos paradigmas no direito de família: mais especificamente, analisou-se como fomos da luta pelo reconhecimento da união estável como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro ao mau uso deste instituto, revelando pretensões meramente patrimoniais.

Destarte, embora estejamos diante de uma das maiores conquistas da Carta Magna do país, não se pode partir para o extremo oposto: a ponto de conceber que qualquer relação afetiva, ainda que apresentando somente alguns dos requisitos da união estável, mas não todos, seja elevada a tal patamar, para o auferimento de vantagens exclusivamente patrimoniais, vindo a propiciar o enriquecimento sem causa.

É fato comprovado que as relações de afeto determinam os projetos familiares³²⁹, no sentido de que são elas que estabelecem a sua forma de organização e as faz prosperar, induzindo o direito a evoluir na medida da mutabilidade das relações de afeto, já que não é o direito que dirige as relações em sociedade, mas o contrário, ele existe para regular e responsabilizar tais relações.

O apego ao patrimônio deve ser desestimulado, para o fim de tornar mais límpidas as relações humanas, fundadas naquilo que o homem tem de melhor: o seu sentimento.³³⁰

Nesse ponto entra um papel fundamental desempenhado pelo Poder Judiciário: de desestimular a mulher de nosso século a viver na dependência econômica de seu ex-

³²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, abr./jun. 2002, p. 222.

³³⁰ GAMA, *Direito de família*...., p. 295.

companheiro ou ex-marido, tendo ela plenas condições físicas, psíquicas e profissionais de buscar o próprio sustento e se auto-gerir financeiramente.

Entender-se o contrário significa reviver um passado morto, em que a mulher efetivamente vivia para o lar e não possuía capacidade de se manter por si só, razão pela qual se tornou necessário, com a extinção dos casamentos, encontrar-se uma solução para a sobrevivência da mulher: a pensão alimentícia do ex-cônjuge.

Hoje, vivemos no século XXI, momento em que é bem marcada a igualdade entre o homem e a mulher, em que a mulher pode e deve lutar pela sua carreira, pelo seu trabalho, não devendo o fim de uma união estável servir como uma provável fonte de renda, ou pior, uma alegada união estável que ao final do processo se caracteriza como inexistente, ser a base para um indevido enriquecimento.

Conceber tal fato, não somente importa uma afronta ao princípio da igualdade, pois se estará considerando a mulher como um ser inferior ao homem³³¹, como se estará provocando um enriquecimento dessa mulher em detrimento do patrimônio alheio.

Chega a ser contraditória a posição das mulheres da atualidade: hoje auferem o produto de ferrenhas lutas travadas por milhares de mulheres no mundo inteiro, buscando a conquista de direitos, a tão sonhada “igualdade” feminina em relação aos homens. Todavia, em que pese todo esse forte embate histórico, que percorreu séculos nas diversas culturas, encontram-se muitas mulheres que ainda pretendem viver e efetivamente vivem às custas de um ex-marido ou de um ex-companheiro, colocando-se em posição de vítima ou de inferioridade.

Ora, a Revolução Feminista e a inserção da mulher no mercado de trabalho não foi realizada apenas para que as mulheres pudessem usufruir dos mesmos direitos, mas também

³³¹ Na esteira da doutrina de Maria Aracy Menezes da Costa, “a hipossuficiência da mulher, hoje preponderantemente superada, permanece viva na consciência de muitos julgadores, que vêem a mulher, ainda, com, o ser fraco e inferior. E essa visão, ao invés de ser protetiva, é humilhante, pois é a negação do crescimento feminino, do avanço das conquistas das mulheres, de seus progressos, da igualdade buscada e obtida à custa de muitos sacrifícios. O pré-conceito da hipossuficiência feminina não se desvinculou do passado, e não ficou, como deveria, somente na história – triste história. E, por conta dos algozes de ontem, muitos fazem, hoje, uma catarse, numa tentativa de purgar os pecados das gerações anteriores. Veja no artigo (COSTA, Maria Aracy Menezes da. O cônjuge dependente economicamente: até quando? In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho e (Org.) *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Vox Legem, 2006, p. 396).

para que se tornassem pessoas autônomas, para que as uniões amorosas se solidificassem pela afetividade e não mais pela dependência econômica.

Importante ressaltar que aqui se refere como sendo a “mulher” e não o “homem” que se utiliza desse artifício, porque muito raros são os pedidos de alimentos realizados por homens em detrimento de suas ex-conviventes ou ex-esposas, exatamente pela cultura machista em que ainda vivemos.

Nesse panorama, é imperioso questionar: como fica a posição financeira do ex-marido ou do ex-companheiro? Certamente, ele não poderá ser prejudicado materialmente, arcar com ônus financeiro em seu patrimônio, seja ele grande ou ínfimo, para custear o ócio, à custa de uma cultura machista, que permanece arraigada na mentalidade de muitas pessoas.

Não é despiciendo enfatizar que o devedor não pode sofrer um sacrifício excessivo e desproporcionado em seu direito, pois seu nível de subsistência básico não pode descer abaixo do mínimo considerado necessário para uma existência com a dignidade garantida pela Constituição Federal.

Se o Código Civil de 2002 não evoluiu o suficiente para considerar o direito a alimentos dos ex-companheiros como um direito concedido em situações efetivamente excepcionais (ao contrário, esta lei alargou o conceito de alimentos), deverão, então, os juristas, doutrinadores e, principalmente, julgadores, dar à lei a justa interpretação.

Rigorosamente, por ser a união estável reconhecida como uma entidade familiar tutelada pela Constituição Federal, para que a família seja um espaço de promoção, resguardo e efetivação da dignidade de cada um dos integrantes do grupo familiar, é que deve ser coibido o seu uso como meio de enriquecimento.

No direito de família, assim como em outros ramos do direito, faz-se fundamental que os indivíduos tenham a “segurança jurídica”³³², no sentido de que dependendo do julgador de seu processo, não haja a possibilidade de ser reconhecida como estável uma união instável, bem como os direitos decorrentes das relações familiares não se transformem em meio ilícito

³³² Sobre segurança jurídica, veja a obra de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257 et seq..

de enriquecimento.

Deve ser o amor, portanto, o fundamento básico para a união de casais, seja ela o casamento ou a união estável. Há, com certeza outros interesses, quais sejam, o interesse econômico, a paixão carnal, as vantagens profissionais, contudo, o sentimento prevalente e nobre a presidir tudo deve ser o amor, não podendo servir como justificativa para o locupletamento de uma das partes no momento em que a união termina, buscando vantagens patrimoniais, até mesmo como uma compensação vingativa.

Para finalizar, cumpre restar clarividenciado que para caracterizar a união estável **não basta a comunhão de afetos, é imprescindível a comunhão de vidas**, ressaltando o comprometimento mútuo, do qual sobrevenha natural embaralhamento de vidas e patrimônios.

É certo que o desafio desse século em relação ao Estado de Direito é tornar real e concreta a família democrática, propugnar por ela, para que a dignidade da pessoa de cada um de seus membros seja a realidade³³³. Nesse sentido, a forma mais eficaz de participação do Estado consiste em estimular a mulher a desenvolver a própria dignidade, o que se dá por meio do trabalho³³⁴, de sua batalha pessoal, de maneira que não venha a depender pelo resto de seus dias de um ex-marido ou ex-companheiro, o qual tem o direito de reconstruir a sua vida, não sendo afetado materialmente em virtude da relação amorosa anterior.

A proteção ao par envolvido na relação deve ser feita de forma igualitária, o que não significa determinar um nivelamento sistemático, mas sim tratar cada sujeito de forma a colocá-lo equitativamente na mesma posição jurídica, uma vez que a desigualdade fere a dignidade. Se ambos têm direitos idênticos, significa que a convivência somente será possível se houver a limitação da liberdade individual pela lei.

Uma sociedade justa e digna só será erigida quando houver respeito à pessoa humana, e esse respeito se consolidará quando os princípios fundamentais que protegem a pessoa humana não forem transgredidos. Em outras palavras, se não reinventarmos o direito não

³³³ São as sábias palavras de KYRIAKOS, Norma, Do namoro à união estável. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho e (Org.) *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Vox Legem, 2006, p. 139.

³³⁴ COSTA, M. A. M. da. *Pensão...*, p. 439.

haverá justiça³³⁵.

Consoante inestimável ensinamento de Karl Engisch, “o ideal de um direito justo faz parte do sentido do mundo”³³⁶, exatamente por isso, independentemente da área do direito que se esteja tratando, não podemos jamais nos afastar do axioma jurídico *não lesar ninguém*, pois, do contrário, estar-se-á, com certeza, praticando um ato ilícito.

Finalmente, é possível afirmar que admitir que alguém se beneficie do sacrifício, do trabalho, dos rendimentos do outro, sem que tenha havido a pretensão de beneficiar o locupletador, e sem uma causa, configura o enriquecimento sem causa, e impõe a restituição, porque *não restituir é praticar um ato ilícito* – ainda que se esteja lidando com relações familiares, pois, é importante que se diga: ***das relações familiares também emerge a necessidade ímpar de licitude, justiça e equidade.***

É crucial que tenhamos coragem para avançar na construção de um direito de família cada vez mais justo e humano, buscando-se a felicidade do agregado familiar como norte para a felicidade individual de cada um de seus membros.

³³⁵ O douto Miguel Reale colocou muito bem a questão da Justiça, “A Justiça geral, que põe o homem a serviço da coletividade, é a Justiça por excelência, pois o bem comum não se realiza sem o bem de cada homem e o bem de cada um não se realiza sem o bem comum; é a ordem social na proporcionalidade dos bens particulares e coletivos”, (REALE, Miguel. Fundamentos do direito. Introdução Theophilo Cavalcanti Filho, 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 309).

³³⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 12.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. O direito civil na pós-modernidade. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 21, 2002.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 27, jul./set. 2006.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Mário de Gama Cury. Brasília: Ed. UnB, 1995.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. A ética nos processos desgastados pelo litígio. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho e (Org.) *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Vox Legem, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato: de acordo com o novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BANNURA, Jamil Andraus Hanna. Pela extinção dos alimentos entre cônjuges. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas..* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO. Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. 2ª ed. rev. e acres. Bahia: Livraria Magalhães, 1910.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. São Paulo: Forense Universitária, 1994. v. 1.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Concubinato*. São Paulo: LEUD, 1985.

BLOND, Neil C. et al. *Blond's Family Law: domestic relations*. 3. ed. rev. by Brett Harris. New York: Sulzburger and Graham, 1996.

BRAUNER, Maria Cláudia. As novas orientações do Direito de Família. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (Org.) *O direito de família: descobrindo novos caminhos*. São Leopoldo: Edição da Autora, 2001. p. 9-20.

_____. O pluralismo no Direito de Família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.) *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 255-278.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Família e sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Família e Sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. _____. 4ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. *Família no direito comparado: divisão das expectativas de aposentadoria entre os cônjuges*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civile: la famille*. 10ª ed. Paris: PUF, 1974. v. 2, t. 2.

CONVERTI, Luzia Rosa Leite de. *As relações patrimoniais nas uniões sem vínculo legal*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

COSTA, Maria Aracy Menezes da Costa. A autonomia da vontade nas relações amorosas. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, 14, 2006 San Juan de Puerto Rico.

_____. O cônjuge dependente economicamente: até quando? In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho e (Org.) *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Vox Legem, 2006.

_____. Pensão alimentícia entre cônjuges e o conceito de necessidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 85, t. 1, mar. 2002.

_____. A renúncia a alimentos no novo Código Civil: casamento e união estável, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes Temas da Atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5: Alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos. p. 143-156.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COUTO SILVA, Clóvis Veríssimo do. A teoria da causa no direito privado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (Org.) *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Direito de família: mudanças*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União estável*. Curitiba: Juruá, 1997.

_____. *União livre: à luz das Leis 8.871/94 e 9.278/96*. 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1999.

DAL COL, Helder Martinez. União Estável e Contratos de Namoro no NCCB. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 23, p. 140-141, abr./maio 2004.

DE RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6ª. edição italiana Paolo Capitanio, atualização por Paulo Roberto Benesse. Campinas: Bookseller, 1999, v. 2: Direito de Família, Direitos Reais e Posse.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito, a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1990.

DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.) *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 27, 2005.

_____. O novo Código Civil e as mudanças sociais no direito de família. In: ALVIM, Arruda (Coord.) *Aspectos controversos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 437-450.

FACHIN, Luiz Edson; RUSVYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87-104.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Dever alimentar para um novo direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves. Direito constitucional à família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 23, abr./maio 2004.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: TEMAS atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERREIRA, José G. do Valle. *Enriquecimento sem causa*. Belo Horizonte: Livraria Oscar Nicolai, 1950.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *O Código Civil e o novo direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva: uma noção comum no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato”, ÁVILA, Humberto (Org.) *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 357-377.

_____. Evolución y estado actual del derecho de família em Brasil. *Revista de Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 11, p. 111-126, jan./jun. 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Direito de Família*. 14. ed. rev. e atual por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Novo curso de direito civil: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Obrigações*. 12ª ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito de família brasileiro: introdução—abordagem sob a perspectiva civil-constitucional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GHELEN, Gabriel Mena Barretto Von. Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIRON, Myrna Cicely Couto. A formação da família: monogamia e poligamia. In: DIREITO de família e interdisciplinaridade. Curitiba: Juruá, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Direito de família*. 14ª ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito de família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense: Rio de Janeiro, 1981.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Afeto, ética, família e o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. O direito a ser humano: da culpa à responsabilidade. In: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la constitución. In: ESCRITOS de derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 10, abr./jun. 2002.

JABUR, Gilberto Haddad. Breve leitura dos direitos de personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, jan. 1999.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. *Fundamental principles of the metaphysics of moral in basic writings of Kant*. New York: Allen W. Wood, 2001.

KATAOKA, Eduardo Takemi. Segurança jurídica como direito fundamental e as cláusulas gerais do novo Código Civil Brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, [s.d.]

KONDER, Carlos Nelson. Enriquecimento sem causa e pagamento indevido. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KYRIAKOS, Norma, Do namoro à união estável. In: SOUZA, Ivone M. C. Coelho e (Org.) *Casamento: uma escuta além do Judiciário*. Florianópolis: Vox Legem, 2006.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. v. 1.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5: Direito de Família.

_____. A família monoparental como entidade familiar. In: PINTO, Teresa A. A. (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 2.

_____. *Temas de direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. In: TEMAS atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 24, jun./jul. 2004.

LORENZETTI, Ricardo. Derecho de família patrimonial. In: TEORIA General del Derecho de Família: el conflicto entre los incentivos individuales e grupales. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, [s.d.]

MADALENO Rolf Hanssen. *Direito de Família: aspectos polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) Afeto, Ética, família e o novo Código Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. a retroatividade restritiva do contrato de convivência. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 33, dez./jan. 2006.

MAGALHÃES. Rui Ribeiro de. *Direito de família no novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MALHEIROS FILHO, Fernando. O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, jun. 2005.

_____. *União estável*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MARQUES; Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 764, p. 11-32, jun. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Coord.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. O novo Código Civil brasileiro: em busca da Ética da Situação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 239, out. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. (Coord.) *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 4: Direitos Fundamentais.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Curso de direito civil*. 33ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2: Direito de Família.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-143.

MOURA, Mário Aguiar. Concubina ou companheira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 519, p. 294, jan. 1979.

_____. *Concubinato*. São Paulo: Aide, 1987.

_____. *Concubinato: teoria e prática*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002.

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

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (Coord.) *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Ministério Público. Procuradoria Geral da Justiça: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

NEVES, Castanheira. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

NEVES, José Roberto de Castro. O enriquecimento sem causa como fonte das obrigações. *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 843, jan. 2006.

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações: pagamento, mora, pagamento indevido*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. 2ª parte, v. 2.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino. *Dos alimentos no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A tutela cautelar antecipatória e os alimentos *initio litis*. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 41, p. 234, nov. 1987.

_____. *A tutela de urgência e o direito de família*. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Euclides de. *União Estável: do concubinato ao casamento – antes e depois do novo Código Civil*. 6ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª ed. atual. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no direito civil*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 7, n. 25, p. 119-137, jan./mar. 2006.

PARIZATTO, João Roberto. *União Estável: os direitos e deveres dos concubinos*. 4ª. ed. rev. e atual. com o novo Código Civil. Ouro Fino: Edipa, 2002.

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares. *Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos*. Campinas: Russell, 2007.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. *A nova Constituição e o direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5: Direito de Família.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

PEREIRA, Sérgio Giskow. Algumas questões de direito de família na nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 639, jan. 1989.

_____. *Estudos de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTEL, Silvia; GIORGI, Beatriz; PIOVESAN, Flávia. *A figura/personagem da mulher em processos de família*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

PIOVESAN, Flavia; RUSSO JÚNIOR, Rômolo, Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.) *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1: Direito Matrimonial.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1993.

_____. _____. 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS. Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8ª ed. São Paulo: [s.n.], 1978.

_____. Fundamentos do direito. Introdução Theophilo Cavalcanti Filho, 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

RIBAS, Marupiraja Ramos. *A união estável: anotação crítica à Lei n. 9.278/96*. Recife: Nossa Livraria, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 2.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e sistemática civil geral*. Campinas: Julex, 1987.

SANTOS, Frederico Augusto de Oliveira. *Alimentos decorrentes da união estável*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Alimentos no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 4, n. 16, jan./fev./mar., 2003.

_____. Os alimentos no novo Código Civil. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 30, n. 89, p. 217-230, 2003.

_____. A obrigação alimentar na perspectiva ética. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: direito de família*. Tradução da 9ª edição, por Elisete Antoniuk, M. jur. Comp. da Universidade de Bonn. Porto Alegre: Fabris, 2002.

SILVA JÚNIOR, Antônio Rubião. *Interesse público: atos e fatos*. Campinas: Julex, 1997.

SPAGNOLO, Juliano. Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Org.) *Tendências constitucionais no direito de família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVARES, José de Farias. Novo Código Civil e família informal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 19, ago./set. 2003.

TEITELBAUM, Harris. *Family law*. 2nd ed. New York: Aspen Law, 2000.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1982.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. In: TEMAS de Direito Civil. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEMAS de Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Temas de direito civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TONDO, Cláudia Tatiana. O ciclo de vida da família e suas conflitivas. In: DIREITO de família e interdisciplinaridade. Curitiba: Juruá, 2001.

TUHR, A. Von. *Tratado de las obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Reus, 1934. v. 1.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VARJÃO, Luiz Augusto Gomes. *União estável: requisitos e efeitos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6: Direito de Família.

_____. *Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 2.

VILLELA, João Baptista. As novas relações de família. In: CONFERÊNCIA DA OAB, 15., Foz do Iguaçu, 1994. *Anais...* Foz do Iguaçu: OAB, 1994.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos na união estável*. 3ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

ZANELLATO, Ezequiel Paulo. O afeto como fator preponderante para a manutenção da sociedade conjugal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 28, fev./mar. 2005.