

**VIVIANE MOSCATTO DE BIAGI**

**O DIREITO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: A UNIÃO ESTÁVEL**

**CURITIBA  
2006**

VIVIANE MOSCATTO DE BIAGI

**O DIREITO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: A UNIÃO ESTÁVEL**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito. Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Júnior

CURITIBA  
2006

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

VIVIANE MOSCATTO DE BIAGI

### **O DIREITO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: A UNIÃO ESTÁVEL**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof<sup>a</sup>. Fernanda Schaefer  
Universidade Tuiuti do Paraná

Curitiba, 29 de setembro de 2006.

Agradeço aos meus pais, Oswaldo e Marlene, bases da minha existência e pelos quais nutro o mais intenso e sincero amor, por serem modelos de dignidade e honestidade, cujos exemplos levarei por toda a vida.

À minha irmã Veruska, pela amizade e cumplicidade eternas.

Aos meus amigos sempre presentes e leais, em especial às amigas-irmãs Andrea, Camila, Camile, Fernanda, Maria Silvia, Paula, Silvia e Maria Luiza, por serem essenciais e cujos laços de amizade jamais serão rompidos, e ao amigo Rodrigo, pelo alento nos momentos de desespero e em outros de não tão desespero assim.

Agradeço, ainda, ao meu orientador, Prof. Eroulths Cortiano Junior, pelo auxílio precioso durante a elaboração deste trabalho.

Por fim, à Dra. Simone Cherem Fabrício de Melo, cuja dedicação e comportamento servem-me como ideal, pela compreensão e paciência.

*“Tudo o tempo leva. A própria vida não dura. Com sabedoria, colhe a alegria de agora para a saudade futura.”*

Helena Kolody

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>01</b>
<b>PARTE I - CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....</b>	<b>04</b>
<b>CAPÍTULO I - BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS: DO FECHAMENTO À ABERTURA DO SISTEMA.....</b>	<b>04</b>
SEÇÃO I – Sistema Codificado como Sistema Fechado e sua Insuficiência.....	04
SEÇÃO II – Da Necessidade de um Sistema Aberto e Móvel.....	07
<b>CAPÍTULO II - MECANISMOS PARA FLEXIBILIZAÇÃO DO SISTEMA: OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO ÂMBITO DAS NOVAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS.....</b>	<b>11</b>
SEÇÃO I - A origem da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados.....	11
SEÇÃO II - Para uma definição de conceitos jurídicos indeterminados: estrutura, necessidade e função.....	14
<b>CAPÍTULO III - AINDA SOBRE AS NOVAS FORMAS DE LEGISLAR: PRECISÃO CONCEITUAL.....</b>	<b>25</b>
SEÇÃO I - As cláusulas gerais.....	25
SEÇÃO II – Os princípios gerais de direito.....	30
SEÇÃO III – Entre a segurança jurídica e a eticização do direito.....	33
<b>PARTE II - UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	<b>39</b>
<b>CAPÍTULO I - BREVE APORTE HISTÓRICO: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS EVOLUÇÕES DA FAMÍLIA E DA UNIÃO ESTÁVEL DENTRO DO DIREITO PÁTRIO.....</b>	<b>39</b>
SEÇÃO I - Origem e evolução da família: uma realidade em constante mutação.....	39
SEÇÃO II - Evolução da legislação pátria no que concerne à família e às uniões concubinárias: notas sobre a repersonalização e o afeto nas relações familiares.....	44

<b>CAPÍTULO II - FAMÍLIAS NÃO FUNDADAS NO CASAMENTO: O LUGAR DA UNIÃO ESTÁVEL.....</b>	49
SEÇÃO I - Sociedade de Fato.....	49
SEÇÃO II - Concubinato.....	51
SEÇÃO III - União Estável.....	54
<b>CAPÍTULO III - A UNIÃO ESTÁVEL E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....</b>	66
SEÇÃO I - Elementos caracterizadores da União Estável.....	66
SEÇÃO II - Os requisitos da união estável como conceitos jurídicos indeterminados.....	71
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	88
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	94

## RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a família passou a ser compreendida de modo plural, uma vez que se passou a reconhecer outras entidades familiares para além daquela fundada no matrimônio. A partir de então, a união estável apresenta-se como umas das possibilidades de se constituir verdadeira entidade familiar, que resguarda o afeto e tem como fim último a proteção do indivíduo, passando-se, pois, a família, a ser compreendida como instrumento de promoção do "ser" com primazia sobre o "ter". Definiu o legislador ordinário, como requisitos ao reconhecimento da união estável, a existência de convivência pública, contínua e duradoura, entre um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família. Tem-se aí, na estruturação do texto normativo, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, cuja nota essencial é a de apresentarem conteúdo e extensão incertos e imprecisos. Decorrencia direta disto é a incumbência do intérprete-aplicador em operar o preenchimento de tais conceitos quando da análise dos casos concretos, de modo que somente ali é que se poderá verificar a presença ou não dos requisitos indispensáveis à configuração da União Estável. No cumprimento dessa tarefa de adensamento dos conceitos indeterminados, poder-se-á fazer o recurso a elementos metajurídicos, de modo a aproximar-se o julgador da singularidade da vida, devendo funcionar tais conceitos como verdadeiras pontes a conectar, pelo afazer interpretativo, o direito normativado à realidade vivida. Permite-se, assim, uma oxigenação do próprio sistema jurídico, ficando respaldada, aí, sua abertura que não só irá permitir melhor concretizar sua pretensão de efetividade como também viabilizará a realização dos ideais de justiça e equidade, num exercício de necessária eticização do direito, de todo exigível quando se trata de direito de família.

Palavras-chave: conceitos jurídicos indeterminados, união estável, requisitos.

## INTRODUÇÃO

Os sistemas jurídicos ditos abertos mostram-se passíveis de adaptações aos meios sociais, eis que proporcionam a possibilidade de o intérprete-aplicador moldar diversas situações distintas à mesma norma positivada. Embora possa-se questionar que essa forma de sistema reduza a grau mínimo a segurança jurídica, certo é que não é isso o que se passa, eis que o magistrado não terá a possibilidade de realizar juízos de arbitrariedade, isto é, desvincilhar-se dos textos normativos e simplesmente decidir ao seu bel prazer. Em verdade, mesmo em um sistema jurídico do tipo aberto, o julgador não pode deixar de ater-se à norma posta, tampouco pode eximir-se de fundamentar seus decisórios, mas o que ocorre é que ele tem a possibilidade de buscar, ao formar seu juízo de convencimento, recursos metajurídicos, os quais possibilitam uma análise mais condizente com a realidade, eis que o legislador não é capaz de prever, quando da elaboração das normas, todas as situações que merecerão e deverão ser regulamentadas ao longo do tempo. Desta forma, a construção de um sistema jurídico aberto mostra-se receptível às novas manifestações da vida emergidas em razão da evolução das relações sociais e humanas.

A partir desta idéia, isto é, da necessidade de um sistema aberto, surgem os conceitos jurídicos indeterminados, os quais se mostram instrumentos valiosos para uma fundamental adaptação do mundo das normas ao mundo da vida. Assim sendo, em virtude de o legislador do Código Civil de 2002 ter consciência dessa necessidade de assegurar flexibilidade ao direito positivado, buscando-se adaptar o maior número de situações concretas à mesma normatização, optou por fazer uso, quando da elaboração dos requisitos essenciais para que se configure um relacionamento como união estável, de conceitos jurídicos indeterminados e é seguindo essa idéia que desenvolver-se-á o presente estudo, o qual foi estruturado de forma a tentar proporcionar a melhor compreensão do tema em destaque.

Para tanto, divide-se o trabalho em duas partes. A primeira delas aborda a temática dos conceitos jurídicos indeterminados - de forma que não se pretende exaustiva, eis que para o presente estudo faz-se necessário apenas que se compreenda do que se tratam e quais as potencialidades de sua utilização em um determinado ordenamento jurídico -, buscando-se contextualizá-los dentro da própria

idéia de um sistema aberto, o qual seria de todo modo preferível em comparação a um sistema jurídico fechado, em razão da obsolescência precoce ocasionada pela manutenção deste segundo, vez que não permite adaptações às novas realidades e necessidades dos indivíduos e da sociedade. Ainda nesta parte, procura-se diferenciar os conceitos jurídicos indeterminados das cláusulas gerais e dos princípios gerais de direito, buscando-se evitar, desta forma, que se confundissem os conceitos, eis que embora se tratem, os três, de novas técnicas de que faz uso o legislador no exercício de suas funções, guardam entre si diferenças que devem ser apontadas. Finalmente, intenta-se demonstrar que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não leva à insegurança jurídica, mas sim, permite que o direito abra-se ao mundo vivido, permitindo sua eticização.

A segunda parte abrange, de um modo geral, o instituto da união estável, valendo-se da estratégia argumentativa de apenas de tecer algumas considerações prévias acerca da família em razão de não se fazer possível a dissociação entre essas categorias, que conformam, à luz da Constituição Federal, uma só e mesma realidade, já que fora expressamente reconhecida a União Estável como entidade familiar. Em seguida, a fim de estabelecer-se o lugar da união estável como uma das possibilidades de família não fundadas pelo casamento, procura-se elucidar de forma bastante sucinta do que se tratam as chamadas "sociedades de fato", excluindo-as, de plano, da idéia de família, além de se analisar, em linhas rasas, o "concubinato", em virtude de diferenciação trazida pelo Código Civil vigente.

Por derradeiro, busca-se demonstrar tratarem-se os requisitos configuradores da união estável de verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados, nos moldes em que os define na primeira parte da pesquisa, resultado de opção do legislador motivada pelo fato de proporcionarem, tais conceitos, a possibilidade de o intérprete-aplicador considerar as variadas configurações de relacionamentos estáveis na sociedade brasileira, evitando-se assim, que fossem cometidas injustiças resultantes da adoção de uma tipificação rígida e fechada de requisitos, que poderia conduzir, com freqüência, a que se protegessem relacionamentos que não se tratam efetivamente de uniões estáveis, e a que se deixassem desamparados aqueles que, pela sua materialidade, realmente seriam dignos de tutela.

Esse o plano de trabalho a partir do qual se procura enfrentar a temática em epígrafe, tendo-se com premissa o horizonte da hoje já difundida constitucionalização do Direito Civil, que exige pensar as leis a partir da Constituição e não o contrário, além disso, sobretudo, pensar o direito a partir dos sujeitos ao qual se destina.

## PARTE I - - CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

### CAPÍTULO I - BREVES ANOTAÇÕES HISTÓRICAS: DO FECHAMENTO À ABERTURA DO SISTEMA.

#### SEÇÃO I – Sistema Codificado como Sistema Fechado e sua Insuficiência.

Primeiramente, há que se esclarecer que o sistema jurídico romano-germânico, no início de sua formação - séculos XII e XIII -, desenvolveu-se como um sistema aberto, eis que sensível à interpretação de diversos outros estatutos e valores. Contudo, o sistema que havia se formado foi, progressivamente, tornando-se fechado em decorrência da necessidade de maior certeza e segurança.<sup>1</sup> Já no século XIV, o recurso à “*communis opinio doctorum*” (a assim chamada *opinião comum dos doutos*) representa tentativa de fixação de padrão estável para a solução dos problemas jurídicos. Tem-se aí um passo na direção da rigidez do sistema, eis que se funda uma racionalidade jurídica com pretensões de completude, imaginando-se que as normas, rigorosamente elaboradas, poderiam dar conta de toda realidade. A partir de então, houve um tempo em que “o juiz deveria ser o escravo da lei.”<sup>2</sup> É o tempo do Iluminismo.

Nesse contexto, inserem-se as codificações. Pode-se afirmar que os códigos - que possuem como base “o pensamento jusracionalista pelo qual o Direito é visto como um sistema de verdades da razão”<sup>3</sup> -, supõem uma sociedade unitária e formalmente igualitária, apresentando-se como a manifestação máxima de um sistema fechado, tal qual se observa nas grandes codificações europeias ao longo dos séculos XVIII e XIX. Assim sendo, a jurisprudência se resigna à estrita aplicação da lei, ou seja, cabe ao magistrado a aplicação desta dentro da legalidade mais rígida.<sup>4</sup> Cunha-se aí o dogma da onipotência do legislador e do império da lei.

---

<sup>1</sup> MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, *Informação Legislativa do Senado*, ano 28, n. 112, out./dez., 1991, p. 15-16.

<sup>2</sup> BOCKELMANN. Richter und Gesetz, p. 23 e ss. Apud: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 5 ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979, p. 171.

<sup>3</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, p. 16.

<sup>4</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Ob. cit.*, p. 17-18.

Nessa esteira, conforma-se o sistema jurídico como um sistema codificado, “um sistema pretensamente neutro, calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a ser impessoal, com pretensões à perenidade”<sup>5</sup>, que se perfaz num todo fechado, no sentido de que, pretensamente, conterà as respostas a todos os problemas. Fechando-se assim o sistema jurídico, surgem dificuldades quanto à sua adaptação à realidade, de modo que são mutáveis as concepções e valores da sociedade, bem como, hoje resta claro, não é possível ao legislador prever de forma exaustiva todas as circunstâncias cuja ocorrência a vida concreta poderá trazer à tona. Nesse sentido:

(...) Pode-se entender que a própria idéia de codificação não passa de uma ilusão. Fruto do pensamento liberal-racionalista, informado pela razão da enciclopédia, a codificação não passaria de uma utopia, mediante a qual se acreditou ser possível a elaboração de um conjunto de normas, organizadas em um único corpo normativo, capaz de regular toda a vida da sociedade privada, consagrando, em si, toda a completude e unicidade sistemática do direito. Isso sem mencionar as pretensões, quase milagrosas, de todo o Código à atemporalidade, como se fosse possível semear, hoje, os frutos cujas sementes ainda não germinaram.<sup>6</sup>

Em verdade, é possível afirmar que a própria “codificação implica a sujeição das fontes ao pensamento sistemático”<sup>7</sup>, e mais especificamente, implica a noção de um sistema fechado, tanto cognitivamente, quanto objetivamente, isto é, um sistema que se supõe completo e exaustivo, bem como um sistema que supõe operar a partir de valores fundamentais fixos, ou seja, tendentes à imutabilidade, válidos para todos os tempos e lugares.

Na constância de um sistema fechado, a jurisprudência é remetida à exata aplicação da lei, ou seja, o juiz deve aplicar a lei dentro da legalidade mais estrita. Nessa esteira, sobreleva assinalar a correlação existente entre a conformação do sistema jurídico como um sistema fechado e o discurso jurídico predominante nesse momento histórico, qual seja, o do positivismo. Com efeito, no seio dessa concepção figura a lei como fonte predominante do direito, o que justifica um forte apego a ela no momento da tomada de decisão para os casos concretos. Não que a lei seja a

---

<sup>5</sup> FACHIN, Luiz Edson. *O novo direito civil: naufrágio ou porto?* CHAGAS, Sílvia Donizete (org.) *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.73

<sup>6</sup> GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, abril-junho de 2000, p. 04-05

<sup>7</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989, p. LXXXV.

única fonte do direito; é ela a fonte predominante e como se há de perceber, a afirmação de uma fonte predominante supõe a existência de fontes outras.<sup>8</sup> Ocorre que no âmbito de um sistema fechado, todas as respostas serão sempre buscadas a partir daquela fonte predominante, ainda que seja por intermédio da analogia, o que torna limitada a capacidade de um tal sistema em oferecer solução aos inúmeros problemas suscitados pela vida, vez que fica o intérprete-aplicador amarrado à atividade legislativa: ao legislador é que cumpre criar o direito, jamais ao juiz.

Desde aí, assinala-se a insuficiência de um sistema jurídico que se pretenda fechado, à luz de uma matriz positivista. Nesse sentido, CANARIS apontará quatro obstáculos invencíveis ao positivismo jurídico, que apontam para a necessidade de superação de seus dogmas, dentre eles o do império da lei e, com isso, a própria concepção de um sistema fechado. Assim, há que se evidenciar a inadmissão, pelo pensamento positivista, da existência de lacunas no direito; inaptidão para lidar com os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que carecem de preenchimento valorativo; dificuldades para lidar com as contradições principiológicas, isto é, com as chamadas antinomias entre princípios e, por fim, o não reconhecimento de normas jurídicas injustas, mesmo porque os juízos de justiça ou injustiça não caberão ao operador do direito.<sup>9</sup>

Com efeito, na base do movimento codificador, sob influência do pensamento iluminista e do próprio positivismo, radicava a idéia da necessidade de uma legislação que se apresentasse formal e substancialmente perfeita. Nessas linhas, a perfeição formal seria representada pela elaboração de um corpo normativo composto tão-somente por regras claras e precisas, ao passo em que a perfeição substancial significaria a existência de regras que dessem conta de toda a realidade social, isto é, que nada deixassem escapar. Evidentes, então, as fragilidades de uma

---

<sup>8</sup> Explicitando o caráter da lei como fonte predominante do direito, no âmbito do positivismo, as palavras de Norberto BOBBIO: “As fontes do direito que são colocadas num plano hierarquicamente subordinado têm um caráter e um significado jurídico diferentes daquelas que são colocadas num plano hierárquico supremo. As primeiras, com efeito, produzem regras que não têm em si mesmas a qualificação de normas jurídicas, mas recebem tal qualificação de uma fonte diferente, superior àquela que as produziu; as segundas, ao contrário, não só produzem regras como também atribuem a estas, diretamente e por virtude própria, a qualificação de normas jurídicas. Por isto as fontes subordinadas são ditas *fontes de conhecimento jurídico* e as superiores *fontes de qualificação jurídica*. Ora, o positivismo jurídico, também admitindo uma pluralidade de fontes de conhecimento, sustenta a existência de uma única fonte de qualificação e identifica esta última com a lei.” *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995, p. 166.

<sup>9</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. XX-XXIII.

tal concepção, a se refletirem na própria idéia de sistema jurídico enquanto sistema fechado, tanto mais quando se tem como assente o fato de que tão logo as leis são editadas, de imediato a complexidade da vida se encarrega de desatualizá-las.

Diante de tais dificuldades, não faltaram opiniões a se manifestarem no sentido de um abandono da própria idéia de codificação e, nessa esteira, do pensamento sistemático. No entanto, quer parecer que não reside aí a mais razoável solução. Antes de mais, há que se evidenciar que é possível que as dificuldades suscitadas pelo sistema codificado, vinculado a uma matriz juspositivista, não sejam inerentes à codificação em si, mas decorrentes de uma determinada forma de organização deste sistema codificado, isto é, de sua configuração como um sistema fechado. Dito de outro modo, há que se perceber que talvez a insuficiência sistemática do direito, mais especificamente do direito privado, esteja não na opção pela construção de um sistema jurídico, mas resulte da adoção de modelos conceituais típicos rígidos, com pretensão de regular com fixidez situações sociais mutáveis.

## **SEÇÃO II – Da Necessidade de um Sistema Aberto e Móvel**

De fato, o panorama acima indicado sofreu modificações ao longo do século XIX, ao curso do qual passa a se colocar em cheque a própria racionalidade codificadora de um sistema fechado, sendo que não mais se entende e mesmo se julga por viável a elaboração de leis com grande rigor e casuísmo interpretáveis de maneira tão exata que quaisquer dúvidas quanto à sua aplicação fossem afastadas.<sup>10</sup> Assim sendo, desde o início do século XX, a Teoria do Direito, em especial na Alemanha, tem sido compreendida como uma grande contenda entre a lei e a sentença judicial, "o que se convencionou chamar de 'a crise da teoria das fontes', a qual resulta, basicamente, 'da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito' porquanto se passa a compreender que um código, por mais amplo que seja, não esgota o *Corpus Juris* vigente."<sup>11</sup> Com efeito, aos poucos se caminha no sentido de um abandono da cerrada concepção positivista de recusa a quaisquer referências metajurídicas,

---

<sup>10</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 171.

<sup>11</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, p. 18.

ampliando-se o conjunto dos elementos levados em consideração na conformação do próprio discurso jurídico. Nessas linhas, passam a se conceber como relevantes, não apenas para a interpretação judicial, mas também para a elaboração doutrinária, princípios, máximas, usos e outras diretivas, até então relegados a plano secundário.

É o que se lê no texto de Clóvis V. do COUTO E SILVA, apontando para a superação da idéia de subsunção no Direito:

“O pensamento lógico-formal é necessário à compreensão do sistema jurídico. O Direito, todavia, não se esgota com o mero exercício de axiomas lógico formais. Daí, porque, em determinado momento histórico, o Direito apresenta lacunas que a interpretação vai preenchendo, sem nunca chegar ao ideal de desvelar ‘in totum’ o ‘corpus juris’ vigente, atingindo, assim, as suas últimas fronteiras.”<sup>12</sup>

Passam-se, pois, a buscar formas de permitir certa autonomização do intérprete-aplicador com relação às amarras da lei, desatando-as aos poucos, repensando-se a própria idéia de legalidade, através da qual, o intérprete passa a ter uma maior possibilidade de amoldar as normas às situações fáticas, eis que a codificação oriunda de um sistema fechado exclui qualquer possibilidade de livre apreciação e interpretação das normas pelos magistrados. De qualquer sorte, a atividade interpretativa deve se valer do ordenamento a fim de adequá-lo aos fatos concretos, respaldando-se aí certa dialeticidade, num movimento constante de ir e vir dos textos aos fatos e dos fatos aos textos, eis que não se pode deixar de considerar que as situações cotidianas estão além do sistema, bem como que o sistema, o qual deve renovar-se constantemente, não pode ter suas bases em meras funções resolutivas de problemas. Desta forma, surgem novas formas de legislar, pelas quais as normas deixam de ter o caráter fixo e imóvel, e através das quais os magistrados não fundamentam as suas decisões apenas através da subsunção do caso à lei (conceitos jurídicos fixos), mas empregam juízos de valor que, nada obstante estejam vinculados a conceitos cujo conteúdo se concretize com pretensa segurança através da interpretação, fazem com que ajam, por vezes, de modo idêntico ao legislador.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 78.

<sup>13</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 172.

Nessas sendas, verifica-se um caminhar rumo a abertura do sistema jurídico, enquanto sistema normativo. Assim sendo, impende diferenciar, por oportuno, os conceitos de "abertura" e "mobilidade" do sistema.

Para tanto, vale-se do pensamento de Claus-Wilhelm CANARIS, para quem:

A abertura do sistema jurídico não contradita a aplicabilidade do pensamento sistemático na Ciência do Direito. Ela partilha a abertura do 'sistema científico' com todas as outras Ciências, pois enquanto no domínio respectivo ainda for possível um progresso de conhecimento e, portanto, o trabalho científico fizer sentido, nenhum desses sistemas pode ser mais do que um projecto transitório. A abertura do 'sistema objectivo' é, pelo contrário, possivelmente, uma especialidade da Ciência do Direito, pois ela resulta logo do seu objecto, designadamente, da essência do direito como um fenómeno situado no processo da História e, por isso, mutável.<sup>14</sup>

Portanto, a "abertura" do sistema está intimamente ligada à evolução do conhecimento científico, isto é, à já mencionada superação da recusa com relação às referências metajurídicas. Ademais, a abertura do sistema quer designar a sua constante construção e re-construção, mediante diálogo contínuo com a realidade que se destina a regular. Em síntese, trata-se de possibilitar a interação entre o sistema jurídico e a realidade histórica, sob pena de se lhe retirar a própria efetividade, à medida que cerrando-se em si mesmo não lograria atender as mutáveis demandas que lhe são dirigidas pela sociedade.

Por sua vez, a "mobilidade" refere-se à capacidade do sistema em adaptar-se às novas situações que, incessantemente, são criadas pela vida. É garantida pela confecção de um sistema flexível, amplo e abrangente de elementos metajurídicos, por isso mesmo sensível à dinâmica social. Nas palavras de CANARIS:

O sistema móvel está, legislativamente, entre a formação de previsões normativas rígidas, por um lado, e a cláusula geral, por outro. Ele permite confrontar de modo particularmente feliz, a polaridade entre os mais altos valores do direito, em especial a tendência generalizadora da justiça e a individualizadora e constitui, assim, um enriquecimento valioso do instrumento legislativo. Ele não deve, contudo, ser exclusivamente utilizado, antes representando uma possibilidade legislativa entre outras, ligadas entre si.<sup>15</sup>

Ou ainda, como esclarece GONDINHO, "(...) a mobilidade não está ligada à possibilidade de o sistema jurídico se modificar, visto que todo o sistema jurídico,

---

<sup>14</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 281.

<sup>15</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Ob.cit.*, p. 282.

como fenômeno histórico, encontra-se passível de modificação, mas sim a sua maior ou menor aptidão para aceitar essa modificação”.<sup>16</sup>

Nesse sentido, há que se reconhecer que não poderá o sistema jurídico ser integralmente construído por partes móveis, devendo contar com porções certo modo imóveis. Não obstante, a mobilidade será sempre necessária se se quiser manter o sistema dotado de alguma efetividade, como acima já fora assinalado.

A partir das noções de abertura e mobilidade, portanto, é possível afirmar que, após séculos de incessante atividade, a Ciência Jurídica logrou adaptar o Direito ao dinamismo das situações verificadas em sociedade, passando a considerar, no âmbito do próprio sistema, não só as normas positivas, mas também aquelas máximas e regras oriundas do cotidiano das relações sociais.

Com efeito, o sistema jurídico passa a ser compreendido como um sistema aberto, através do qual o aplicador da norma não mais se vê como um escravo da lei positivada.

De qualquer sorte, há que se destacar que essa flexibilização do sistema, embora necessária ao ajuste à "pluralidade da vida", não pode conduzir a um estado de incerteza jurídica, eis que o princípio da segurança jurídica é indispensável às funções protetivas a que a ordem jurídica se propõe.<sup>17</sup>

Assim sendo, o direito deve buscar mecanismos capazes de ajustar o sistema - devidamente flexibilizado - às novas situações, às novas idéias, enfim, aos novos anseios da sociedade, o que, evidentemente, não exclui a utilização das codificações, mas providencia uma adaptação harmônica e dialética entre a permanência dos códigos e a existência de um sistema jurídico aberto.

É nesse contexto que se inserem as chamadas novas técnicas legislativas, sendo que serão abordadas adiante aquelas que apresentam como ponto comum entre si o fato de propiciarem um afrouxamento da vinculação existente entre a lei e o juiz. Enquadram-se aí as cláusulas gerais, os princípios gerais de direito e os conceitos jurídicos indeterminados.

---

<sup>16</sup> GONDINHO, André Osório. *Codificação e cláusulas gerais*, p. 07.

<sup>17</sup> Acerca da problemática da Segurança Jurídica, indica-se a obra coordenada pela professora Cármen Lúcia Antunes ROCHA. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

## **CAPÍTULO II - MECANISMOS PARA FLEXIBILIZAÇÃO DO SISTEMA: OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO ÂMBITO DAS NOVAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS.**

### **SEÇÃO I - A origem da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados.**

Os estudos acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, inicialmente chamados de conceitos legais indeterminados, se desenvolveram primeiramente na Áustria, por volta do século XIX, com o objetivo de se verificar se a utilização de tais conceitos pelo legislador era, ou não, passível de ser controlada pelos Tribunais Administrativos.

É o que se lê no trabalho do pesquisador da Universidade de Freiburg, da República Federal da Alemanha, António Francisco de SOUSA:

Especialmente desde os anos 50, reacendeu-se uma vez mais a questão dos conceitos legais indeterminados na Alemanha Federal, devido à nova situação jurídica. Por influência da ampla e rica discussão na Alemanha Federal, o problema dos conceitos legais indeterminados surgiria em Portugal e na Espanha em meados dos anos 60. Na Itália, já a cerca de 100 anos se vem falando de *discrezionalità tecnica* (mas a expressão 'discricionariedade técnica' tem origem austríaca). Na França não existe, devido ao papel central e poderoso do Conselho de Estado, um conceito positivo de discricionariedade ou de 'liberdade relativa', e, por isso, não se pode, ainda hoje, falar de 'doutrina dos conceitos legais indeterminados'.<sup>18</sup>

Segundo o mesmo autor<sup>19</sup>, Bernatzik negou que a livre discricionariedade e a aplicação do direito se afastassem reciprocamente como realidades antagônicas quando da utilização dos conceitos legais indeterminados e, assim, manifestou-se - em obra publicada em 1886 - contrariamente ao que afirmava a doutrina tradicional.

A partir de então, a opinião de Bernatzik, no sentido de que as circunstâncias previstas através de certos conceitos indeterminados utilizados na lei somente poderiam ser afirmados após complexo processo interpretativo em cadeia, passou a fundamentar as decisões do Supremo Tribunal Administrativo Austríaco.

---

<sup>18</sup> SOUSA, António Francisco de. Os 'conceitos legais indeterminados' no direito administrativo alemão. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, out./dez. de 1986, p. 276-291, p. 277.

<sup>19</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 34.

Destaque-se que o autor alemão solucionou o problema de insegurança na interpretação e no controle dos conceitos jurídicos indeterminados - oriundos do complexo processo em cadeia - através do entendimento de que tais conceitos atribuem discricionariedade no momento de sua aplicação.

No entanto, entre aqueles que defendiam a doutrina tradicional, pode-se destacar Tezner, que "chamou a doutrina dos 'conceitos discricionários' de 'inimiga do Estado de Direito' (*rechtsstaatsfeaindlich*) e de 'cientificamente infundada' (*unwissenschaftlich*) devendo ser, por isso, abandonada."<sup>20</sup> Outrossim, entendia inexistir diferença qualitativa entre os conceitos jurídicos determinados e os indeterminados; a diferença entre ambos seria apenas de grau, de forma que não seria possível afirmar a existência de margem de discricionariedade insuscetível de controle judicial nos conceitos jurídicos indeterminados.

A discordância entre Bernatzik e Tezner configurou o início das disputas, verificadas na doutrina, entre a teoria da duplicidade de Bernatzik - a qual afirma que através da interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados podem surgir várias decisões corretas -, e a teoria da unicidade, que surgiu das idéias apresentadas por Tezner, e que afirma que pela interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados somente se pode verificar a existência de uma solução correta.<sup>21</sup> Enquanto Bernatzik sustentava que os conceitos indeterminados deveriam ter seu conteúdo preenchido pelas autoridades administrativas especializadas, independentemente de revisão judicial, Tezner asseverava a necessidade de controle sobre os mesmos conceitos.<sup>22</sup>

A partir da primeira década do século XX a doutrina e jurisprudência dominantes na Alemanha passaram a entender e denominar os 'conceitos legais indeterminados' como 'conceitos jurídicos indeterminados', uma vez que como conceitos indeterminados, sua interpretação e aplicação eram passíveis de total controle pelos tribunais administrativos, perdendo, assim, seu caráter discricionário: jurídicos, portanto, porque vinculados ao direito. Os conceitos jurídicos indeterminados passam, então, a serem aplicados como conceitos opostos àqueles de discricionariedade administrativa.

---

<sup>20</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p. 35.

<sup>21</sup> SOUSA, António Francisco de. *Os 'conceitos legais indeterminados' no direito administrativo alemão*, p. 266.

Enquanto W. JELLINEK justifica a mudança quase radical verificada na Alemanha com a queda do nacional-socialismo - regime em que os conceitos indeterminados eram geralmente considerados <conceitos discricionários> e passaram a <conceitos jurídicos indeterminados> totalmente sujeitos ao controlo jurisdicional, num *aumento da consciência do Estado de Direito* -, já LOENING fala numa <mudança de estrutura> dos conceitos inicialmente discricionários para <conceitos jurídicos indeterminados>. Contra esta <mudança de estrutura> dos conceitos insurgiu-se REUß. Muito sugestivamente refere este autor: <A história dos conceitos jurídicos indeterminados não é uma história de mudança de estrutura dos conceitos mas a história do seu progressivo conhecimento que conduziu finalmente ao total esclarecimento dos conceitos jurídicos indeterminados. Assim, trata-se aqui de um progresso no conhecimento e não de uma mudança da estrutura dos conceitos>. E, prossegue: <O conceito jurídico indeterminado foi na verdade descoberto"...> Para concluir: <A história dos conceitos jurídicos indeterminados é uma <história de descobertas> e não uma <história de evolução> e sobretudo não é uma <história de mudanças de estruturas>.<sup>23</sup>

Curial destacar, ainda, já finalizando esta breve digressão histórica, que em razão da situação verificada na Alemanha com o fim da Segunda Guerra Mundial, a maior parte da doutrina e jurisprudência passou a adotar a teoria da unicidade, de Tezner, em total contraposição ao que ocorrera inicialmente. Tal se deveu, quer parecer, ao temor de um retorno à experiência vivenciada durante o período anterior, nazista, marcado pela arbitrariedade administrativa, insuscetível ao controle judicial. Contribui nesse sentido, igualmente, certo sentimento de sólida confiança dos alemães com relação ao trabalho dos juízes.

Desta adesão, surgiu a necessidade de se diferenciar, de maneira exata, a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, o que, após vasta discussão teórica, não logrou reunir unanimidade em torno da distinção entre tais conceitos. Em conseqüência, acabou-se por haver a imposição da jurisprudência que entendia que todos os conceitos legais indeterminados são também, conceitos jurídicos e assim, a discricionariedade administrativa somente pode ser compreendida como discricionariedade de atuação, ou seja, como discricionariedade oriunda da vontade, devendo-se fazer a distinção daquela discricionariedade que se refere à constatação dos fatos. Nessa esteira, foi-se consolidando o entendimento de que são os conceitos indeterminados, como já dito, verdadeiros conceitos jurídicos, não discricionários, carentes de interpretação e suscetíveis ao controle jurisdicional.

---

<sup>22</sup> KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, v. 5, n. 23, jan./fev. de 2004, p. 21-49, p. 30.

<sup>23</sup> SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*, p. 44-45.

Na Alemanha contemporânea, no entanto, vem-se flexibilizando a rígida separação pretendida pela teoria da unicidade entre conceitos indeterminados e discricionariedade. É o que se lê no texto de Andréas J. KRELL:

Nas últimas duas décadas, cresceu consideravelmente o número de autores que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade; hoje, eles representam talvez a maioria. Por isso, é equivocada a afirmação de alguns autores brasileiros de que a posição, que distingue rigidamente entre conceitos indeterminados e discricionariedade, refletiria a linha da 'moderna' doutrina alemã.<sup>24</sup>

Veja que suficientes essas anotações históricas para o escopo do presente trabalho, passa-se no próximo tópico à tentativa de delimitar uma possível conceituação para esses conceitos jurídicos indeterminados.

## **SEÇÃO II - Para uma definição de conceitos jurídicos indeterminados: estrutura, necessidade e função.**

Com a intermitente evolução das relações sociais através das alterações e desenvolvimento dos anseios individuais e coletivos, cada vez mais o direito busca se adaptar a estas mudanças, eis que é evidente a temporalidade das leis.

Assim, a busca pela renovação do sistema, através da interpretação, apresenta-se cada vez mais complicada por conseqüência da instabilidade e das opções que se contrariam dentro da política do direito, bem como em razão da mutabilidade dos conteúdos que regulamentam os institutos jurídicos, ou pelo uso normalmente impróprio e pouco cauteloso das técnicas legislativas.<sup>25</sup>

Assim, partindo-se do pressuposto da impossibilidade de previsão de toda e qualquer hipótese gerada pela sociedade e, da necessidade ou, ao menos, oportunidade de se admitir o caráter ativo e valorativo da atividade do magistrado quando da aplicação da lei, deixando de lado a idéia positivista de que o juiz agiria de forma mecânica e completamente passiva, surgem os conceitos indeterminados - e, destaque-se, não só eles - com o precípuo objetivo de imprimir aos códigos, bem como às legislações de um modo geral, a possibilidade de adaptação às diversas

---

<sup>24</sup> KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e controle da discricionariedade no Brasil, p. 31-32.

<sup>25</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 24-25.

situações da vida cotidiana. A partir de então, resta à responsabilidade da jurisprudência consolidar estes critérios e conceitos que padecem de preenchimento.<sup>26</sup>

Nesse contexto, há que se destacar, inicialmente, as dificuldades encontradas na tentativa de se estabelecer um limite de alcance e intensidade dos conceitos jurídicos em geral.

No caso destes se apresentarem apenas como conceitos descritivos, o grau de indeterminação se reduz e, conseqüentemente, as dúvidas se tornam menores, mesmo porque não se pode olvidar a existência de elementos do tipo legal que sejam inequívocos e que não gerem quaisquer dificuldades de interpretação e aplicação, embora os conceitos absolutamente determinados sejam pouco freqüentes no direito. Tal se deve à particularidade de os conceitos descritivos se caracterizarem pela referência a realidades perceptíveis pelo sentido. De qualquer sorte, pode-se citar, aqui, as indicações de hora, lugar, valores monetários e conceitos de medidas, bem como elementos do tipo que encontram precisão terminológica nas leis e na jurisprudência, tais como os conceitos de propriedade, de contrato, entre outros.<sup>27</sup>

Nada obstante, certa é, também, a existência de elementos do tipo e conceitos legais que advém de formulações universais, os quais requerem certa valoração ou prognose, assim como geram vasta possibilidade de sentidos. Desta forma, no caso de conceitos normativos, capazes de expressar idéias de valor, a dificuldade de sua delimitação conceitual aumenta sobremaneira, eis que a compreensão do conteúdo é passível de variação tanto no tempo quanto no espaço.

Com efeito, é possível contrapor os conceitos jurídicos determinados aos conceitos jurídicos indeterminados, eis que aqueles buscam delimitar a realidade à que se referem, de forma precisa e inequívoca, ou, ao menos, procuram permitir que seja precisada diante do contexto em que se encontrem, ao passo que os últimos possuem um grau de indeterminação bastante elevado, que obsta a apreensão de seu conteúdo, além de não ser possível serem quantificados ou determinados rigorosamente.

---

<sup>26</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. atual, Lisboa: Coimbra, 1996, p. 59-61.

<sup>27</sup> Como exemplo, cite-se o artigo 192 do Código de Processo Civil: “Quando a lei não marcar outro prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento depois de decorridas 24 horas” (grifou-se)

Nesta esteira, dentre os conceitos que não permitem precisão terminológica e que são dotados de vagueza, necessitando de preenchimento ou valoração por parte daquele que aplica a norma, encontram-se os conceitos jurídicos indeterminados<sup>28</sup>, os quais merecem certo destaque neste estudo, nada obstante não se apresente uma relação exaustiva acerca das abordagens e tipologias concernentes ao tema.

Em que pese a dificuldade de conceituação dos assim chamados conceitos jurídicos indeterminados, de forma preliminar é possível estabelecer-se uma definição mínima, a fim de delimitar, para os fins do presente trabalho, a realidade abrangida por esta categoria conceitual. Assim, entende-se por conceitos jurídicos indeterminados aqueles “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”.<sup>29</sup> Significa dizer que se tratam de conceitos marcados pela imprecisão, requerendo especial esforço por parte do intérprete-aplicador no momento de sua concretização, construindo-lhes o alcance e o sentido.<sup>30</sup> Com efeito, caracterizam-se tais conceitos pela circunstância de guardarem em si uma espécie de vazio, que carece de preenchimento.

Interessa aqui, nesse intento de delimitação conceitual, a lição de ENGISCH<sup>31</sup>, no sentido de que se caracterizam por apresentar, em sua estrutura, um *núcleo conceitual* e um *halo conceitual*. Por núcleo conceitual compreende-se aquela porção do conceito jurídico indeterminado acerca da qual haverá um mais

---

<sup>28</sup> Mister destacar o entendimento diverso de Eros Roberto GRAU, que teceu várias críticas ao tema e, para quem, não existem conceitos jurídicos indeterminados, eis que, segundo ele, não são os conceitos que possuem indeterminação, mas sim suas expressões. Afirma, ainda, "que são indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos - especialmente imprecisos - razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Nesse sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Daí a afirmação, que introduzo, de que os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções essas que variam conforme a atuação das forças sociais. Quando se trate de conceito aberto por ambigüidade, o seu preenchimento é procedido mediante a consideração do contexto em que inserido - o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que, sempre é da participação no jogo de linguagem no qual inserido o termo (este sim, indeterminado, seja por ambigüidade, seja por imprecisão) do conceito que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo o seu preenchimento. (...) não há conceitos jurídicos indeterminados, mas tão-somente conceitos cujos termos são indeterminados. Porém, não obstante sejam indeterminados esses termos, expressam significações sempre determináveis. O conceito jurídico pois, é sempre o signo de uma significação determinada; e de uma apenas significação." *Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: RT, 1988, p. 72-73 e 76.

<sup>29</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 173.

<sup>30</sup> Afaste-se desde já, nada obstante tal possa ser precipitadamente aferido dessa exposição inicial, a idéia de que haverá conceitos jurídicos que carecem de interpretação. De fato, já é superado o entendimento, consubstanciado na máxima *in claris non fit interpretatio* (diante de clareza, não há que se interpretar), segundo o qual perante textos claros e precisos caberia ao intérprete apenas declarar o sentido da norma.

elevado grau de certeza no que se refere ao seu conteúdo e extensão, isto é, trata-se daquela parcela do conceito sobre a qual é possível, desde já, formar uma noção clara. Diferentemente, o halo conceitual se particulariza pela indeterminação que empresta ao conceito. Dito de outro modo, onde começam as dúvidas, aí se encontra o halo conceitual.

Assim, é possível afirmar que “o conceito (...) comporta dois limites: o limite de certeza positiva, que se consubstancia nas margens de seu núcleo, e o limite de certeza negativa, cujos lindes delimitam o que se exclui do conceito, desbordando do halo conceitual”.<sup>32</sup> Significa dizer que o fato de se estruturar como indeterminado não faz do conceito um campo aberto para que nele sejam lançados quaisquer entendimentos, já que o próprio texto, ainda que incerto, oferece limitações interpretativas.

Nessas linhas, cumpre destacar que é possível identificar o referido halo conceitual, isto é, a existência de conceito jurídico indeterminado tanto no plano da hipótese quanto no plano da estatuição da norma jurídica, ou seja, poderá o legislador estabelecer uma “zona de dúvida”, isto é, uma faixa de abertura, não apenas na definição do *fato-tipo*, mas também no próprio mandamento legal.

Verifica-se a existência de conceito jurídico indeterminado no âmbito da hipótese normativa quando o legislador somente estabelece de modo precário, por assim dizer, o suporte fático autorizador da incidência da norma jurídica. Define-se de modo pouco preciso a situação fática que irá deflagrar a incidência das conseqüências jurídicas. Abre-se, então, desde a própria hipótese normativa, o espaço para a atuação concretizadora do intérprete no sentido de determinar, de antemão, quais realidades se enquadram e quais não no conceito fluído trazido pelo texto normativo sob exame, vez que tal não fora previamente estabelecido pelo legislador. Nesse ponto, opera-se mediante juízos que são jurídicos, certamente, mas que de modo inafastável serão também pessoais (o que não poderá significar arbitrariedade), realçando-se o caráter construtivo da interpretação jurídica.<sup>33</sup> Sem ingressar aqui na discussão acerca da subjetividade do intérprete e da problemática

---

<sup>31</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 173-174.

<sup>32</sup> COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 95, jul./set. de 1990, p. 125-138, p. 127.

<sup>33</sup> Como adiante se tentará demonstrar, é no plano da hipótese normativa que será possível identificar a existência de conceitos jurídicos indeterminados no tratamento legal da União Estável.

da pré-compreensão, há que se dizer que diante de uma hipótese normativa estruturada a partir de um conceito indeterminado, divergentes serão as inteleccões, vez que o ângulo de observação e os pressupostos poderão ser distintos, face ao espaço deixado pelo legislador.

Outrossim, há que se perceber que, por vezes, a indeterminação do conceito não resulta da opção terminológica adotada pelo legislador, mas da necessidade de o conceito empregado ser preenchido mediante o recurso a valores, altamente vagos e imprecisos, variáveis no tempo e no espaço. É o que se verifica, por exemplo, no manejo de conceitos como *confiabilidade*, cuja precisão exigirá o recurso a *moralidade média* constatável em um determinado contexto.

Como se disse, é possível também encontrar conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da estatuição, o que ocorrerá quando restar em aberto a definição da própria intensidade e extensão da conseqüência jurídica ensejada por um determinado pressuposto fático. Dito de outro modo, podem-se identificar conceitos jurídicos indeterminados no plano da própria definição dos efeitos jurídicos que serão gerados quando da verificação da previsão normativa no mundo dos fatos.<sup>34</sup>

No que concerne à maior ou menor liberdade na atuação do intérprete-aplicador, a qual está diretamente ligada aos diferentes graus de indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados, cumpre ressaltar o entendimento de MENEZES CORDEIRO, ao afirmar que um conceito será indeterminado, sempre que "não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento."<sup>35</sup>

Polissemia quer significar as situações em que a palavra utilizada pelo legislador oferece diversos significados, razão pela qual cabe ao intérprete buscar o sentido que melhor se ajuste ao contexto no qual se inserem os conceitos indeterminados, ou seja, em decorrência da própria opção adotada pelo criador da norma o texto não terá interpretação unívoca.

---

<sup>34</sup> É o que se verifica, por exemplo, no artigo 461 do Código de Processo Civil brasileiro: "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento." (grifou-se).

<sup>35</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 1176-1177.

Por vaguidade ou vagueza, quer-se designar a particularidade de que os conceitos jurídicos indeterminados trazem consigo um halo conceitual bastante amplo, isto é, uma zona de dúvidas sobretudo extensa, à medida que se referem à realidades bastante abrangentes e de delimitação dificultosa. Em síntese, “um símbolo é *vago* quando seu possível campo de referência é indefinido”.<sup>36</sup> Aqui, sabe-se o sentido em que a palavra é empregada, mas não se sabe até onde vai a aplicação da palavra. Nessas linhas, “a vagueza deve ser vista como um problema predominantemente denotativo”<sup>37</sup>, a significar a dificuldade em se determinar quais situações são e quais não são abrangidas pelo conceito, configurando-se zona de incerteza. Trata-se, em suma, de problema de extensão conceitual.

Já no caso da ambigüidade, a dúvida paira em decorrência da própria estrutura da língua portuguesa, eis que tal, por exemplo, admite orações sem sujeitos determinados. Com efeito, “um símbolo é *ambíguo* quando é possível usá-lo para um campo de referência com diferente *intensão* (com s não com ç), isto é, manifestando qualidades diversas”.<sup>38</sup> Tem-se caracterizado o caráter ambíguo dos conceitos jurídicos indeterminados pela circunstância de poderem se reportar a vários elementos abarcados pelas proposições normativas em que se inserem. Portanto, no caso da ambigüidade, não se sabe, ao certo, em que sentido a palavra foi utilizada. “É um caso particular de incerteza designativa, (...) isto é, o mesmo rótulo ou significante veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos claramente diferenciáveis”.<sup>39</sup>

Finalmente, no caso da porosidade coloca-se em relevo a circunstância de os conceitos jurídicos indeterminados se consubstanciarem em termos bastante suscetíveis à evolução semântica, de modo que poderá ser preenchido mediante a referência a realidades técnicas, científicas e jurídicas não necessariamente previstas pelo legislador. Significa dizer que o preenchimento do conteúdo e sentido dos conceitos indeterminados poderá ser operado mediante o recurso a dados da experiência, bem como a valores. O esvaziamento, por sua vez, torna-se visível naquelas situações em que é tão mínimo o conteúdo afirmativo do conceito que termina por lhe faltar qualquer sentido útil, tornando-se verdadeiramente

---

<sup>36</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 258.

<sup>37</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1984, p. 76.

<sup>38</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 259.

discricionária a sua interpretação. “Manejando com uma definição “neutral” de *conceitos vazios*, subsumem-se nessa categoria: (1) os preceitos normativos com um *conteúdo de informação* diminuto; (2) os conceitos extremamente imprecisos.”<sup>40</sup>

Por conta dessas características inerentes a própria estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados é que são definidos como carentes de preenchimento ou valoração, como há dizer que apenas se tornam atuantes mediante sua complementação com valorações, de modo que somente após uma série de ponderações das diversas possibilidades por eles ensejadas é que se poderá chegar à regra de decisão.

Antes de passar a análise da necessidade e função dos conceitos indeterminados, cumpre registrar aqui que, em que pese inicialmente tenha sido feita uma contraposição entre conceitos descritivos e normativos, é possível que tanto um como o outro se apresentem sob a forma de conceitos jurídicos indeterminados. Dessa maneira, seria equivocada a afirmação de que os conceitos jurídicos indeterminados seriam conceitos normativos.

Nesse sentido, conforme o entendimento de MENEZES CORDEIRO “o conceito descritivo é tão incapaz, como qualquer outro conceito indeterminado, de prescindir da mediação constituinte do intérprete-aplicador”.<sup>41</sup> Tomem-se como exemplos os conceitos de escuridão, perigo e morte, cuja indeterminação resta evidente, não obstante se refiram a realidades perceptíveis pelo sentido.

O que ocorre é que com maior freqüência os conceitos jurídicos indeterminados são representados por conceitos normativos, que geralmente guardam um elevado grau de insegurança quanto ao seu conteúdo e extensão, até mesmo pela particularidade de que somente se tornam compreensíveis mediante referência ao mundo normativo, o que faz surgir com maior habitualidade a necessidade de valoração. Exemplifique-se com os conceitos de bons costumes, interesse público e motivo torpe.

Destarte, os conceitos indeterminados ora se apresentarão como conceitos descritivos, ora como conceitos normativos, de modo que “a distinção possível entre

---

<sup>39</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 78.

<sup>40</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 435.

<sup>41</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, p. 1179.

conceitos indeterminados descritivos e normativos (...) atende à natureza da linguagem utilizada: comum no primeiro caso e técnico-jurídica, no segundo.”<sup>42</sup>

A este ponto, é inevitável a indagação acerca da necessidade e função dos conceitos jurídicos indeterminados, principalmente diante das características acima apontadas, pelo que se impõem algumas considerações acerca do porquê da opção do legislador pelo emprego desta técnica legislativa.

Há que se destacar, inicialmente, os dois ângulos apresentados por Celso Luiz MORESCO<sup>43</sup>, os quais não permitem análise de forma dissociada.

Com efeito, o primeiro aspecto caracteriza-se por apresentar-se a necessidade dos conceitos jurídicos indeterminados como decorrência da restrição factual ao poder do legislador em prever todas as situações possíveis de serem verificadas nas relações sociais - o que restou analisado, neste trabalho, em momento anterior - pelo que se torna imperioso o recurso a termos mais vagos, a fim de poder abarcá-las de modo amplo, sem enclausurá-las. Por conseguinte, os conceitos jurídicos indeterminados têm origem na inviabilidade fática de a atividade intelectual humana prever todas as situações que demandassem regulamentação, eis que tal impossibilidade gera a necessidade de se recorrer a termos que carecem de precisão, ou seja, que possuem certa vaguidade.

Já o segundo aspecto, estaria relacionado ao fato de que a regulamentação *in specie*, ou seja, aquela de formulação casuística, que se refere à tentativa de elaboração de normas jurídicas capazes de prever, com precisão e de forma minuciosa, as situações da vida em sua totalidade, implicaria um desvirtuamento da própria atividade legislativa, cuja tarefa precípua é a da elaboração de normas gerais, abstratas e prospectivas. Com efeito, tal poderia representar violação ao próprio princípio da separação dos poderes, vez que o legislativo estaria chamando para si atividade própria do “administrativo”, pelo que se teria configurada uma impossibilidade jurídica de uma regulamentação excessivamente casuística.

De qualquer sorte, a indeterminação dos conceitos jurídicos pode ser considerada como uma das propriedades através da qual se pode expressar e valorar tanto condutas, como relações e objetos materiais, apresentando-se,

---

<sup>42</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, p. 1179.

<sup>43</sup> MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, 1996, p. 82.

portanto, como essencial à função que lhes cumpre desempenhar, eis que a vaguidade dos termos somente será compreendida como imperfeição ou vício de linguagem no caso de se ter como objetivo alcançar resultados precisos, o que não é o mesmo que dizer resultados verdadeiros. Ademais, a verdade ou falsidade das proposições independem da precisão ou imprecisão de seus termos, mas estão intimamente ligadas à adequação das palavras ao objeto a que se aplicam.<sup>44</sup> Em verdade, uma vez que a pretensão de efetividade do direito depende de sua consonância com o presente histórico, isto é, com os valores sociais verificáveis na sociedade que lhe embasa, aparecem os conceitos indeterminados como relevantes instrumentos a possibilitar a adequação do direito à complexidade dos casos, mediante trabalho do intérprete-aplicador que, ao manuseá-las, não estará engessado às normas jurídicas, tal como ocorreria caso se adotasse um rigorismo legislativo.

Nesse sentido, interessa trazer à baila a lição de SAINZ MORENO, citado por Regina Helena COSTA:

(...) a função normativa dos conceitos jurídicos atribui aos mesmos uma natureza instrumental, permitindo ao legislador optar entre expressões cujo grau de precisão seja maior ou menor. Enfatiza [SAINZ MORENO] que, qualquer que seja o conceito empregado pelo legislador, este busca sempre um resultado concreto, adequado ao fim da norma e não "qualquer resultado". Merecem transcrição as palavras com as quais o autor conclui a respeito:

'Así, la función positiva que cumple la indeterminación de los conceptos jurídicos, no es la de crear vacío normativo dentro de cuyos límites cualquier decisión sea válida, sino, por el contrario, dar a la norma la holgura necesaria para que, siendo más adaptable a la realidad, el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución que la norma preconiza, al 'espíritu y finalidad de aquélla', como dice el artículo 3.º del Código Civil. La indeterminación de los conceptos, por sí sola, no tiene, pues, otro alcance jurídico que el de hacer posible la más exacta aplicación de la norma.<sup>45</sup>'

Nessa esteira, a existência de conceitos jurídicos indeterminados não figura como fragilidade ou defeito do sistema normativo. Antes pelo contrário, trata-se, no mais das vezes, de decisão deliberada do legislador que a eles recorre como verdadeira técnica legislativa, a fim de possibilitar uma maior flexibilidade ao direito,

---

<sup>44</sup> COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, p. 127 e 137.

<sup>45</sup> SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 194. Apud. COSTA, Regina Helena, *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, p. 127.

permitindo seu ajustamento à realidade fática, que não cessa de trazer-lhe novos e imprevisíveis problemas.

No entanto, como se depreende do trecho acima transcrito, em que pese funcionem os conceitos indeterminados no sentido de atribuir maior liberdade de apreciação ao intérprete-aplicador, valendo-se da abertura de tais conceitos para melhor aplicá-los às situações que até ele são trazidas, não se pode pensar que deixem, tais conceitos, um campo vazio a ser preenchido de forma arbitrária. Em verdade, é mesmo possível afirmar que não obstante a “zona de incertezas” que trazem consigo, os conceitos jurídicos indeterminados guardam em si elementos que permitem ao intérprete-aplicador alcançar uma única solução correta, isto é, justa, ainda que esta não esteja determinada desde o início. Em razão disso, seria possível proceder ao controle da própria interpretação de tais conceitos, a fim de se corrigirem eventuais abusos hermenêuticos. Assim, não se confundem os conceitos jurídicos indeterminados com os conceitos discricionários, pelo que interessa diferenciar aqueles da discricionariedade.

Para tanto, cumpre destacar que ocorre atividade discricionária no caso de a norma ter deixado um campo de liberdade, o qual deverá ser preenchido conforme aspectos subjetivos do aplicador, bem como levando-se em consideração os critérios de conveniência e oportunidade - segundo ENGISCH, "(...) o ponto de vista pessoal daquele que faz a apreciação discricionária há-de valer como decisivo".<sup>46</sup> Assim, diante da impossibilidade de se prever todas as situações fáticas que podem gerar a incidência da norma, o legislador opta por dar ao intérprete-aplicador a possibilidade escolher, com base em critérios pessoais, qual a melhor solução para o caso concreto, ou seja, a discricionariedade caracteriza-se por ser o poder concedido ao agente, pela ordem jurídica, pelo qual caberá a ele escolher entre as várias alternativas de conduta, aquela que garanta ao caso concreto a solução mais apropriada. Neste sentido, saliente-se que:

(...) a discricionariedade não resulta de uma mera possibilidade de fato de escolher entre duas condutas possíveis. Resulta, isto sim, de uma possibilidade jurídica da realização dessa escolha. Não é devido a possibilidade de adoção, no mundo dos fatos, de duas condutas diversas que surge a discricionariedade, mas sim, diante da atribuição dessa competência através de dispositivo legal. Não há, portanto, a

---

<sup>46</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 181.

liberdade de escolha apesar da lei, mas sim uma liberdade de escolha por força de lei. A ausência de lei implica a inexistência de qualquer "poder" discricionário.<sup>47</sup>

A discricionariedade está, portanto, relacionada a uma pluralidade de sentidos pretendida pelo legislador, pela qual há a possibilidade de escolha diante de diversas possibilidades de condutas igualmente lícitas.

Assim sendo, evidente a distinção<sup>48</sup> entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, vez que nos primeiros somente se pode aceitar uma única solução correta, derivada da subsunção dos fatos mediante processo lógico-jurídico, ao passo que a discricionariedade supõe a existência de várias soluções igualmente lícitas,<sup>49</sup> ou seja, existirá discricionariedade no caso de o aplicador da norma ter a possibilidade de escolher entre diversas decisões, igualmente admissíveis e com valores idênticos para o legislador. Ao contrário, um conceito jurídico indeterminado estará presente na hipótese de apenas uma decisão ser juridicamente possível, não obstante a polissemia, a vagueza, a ambigüidade, a porosidade ou o esvaziamento.

Aliás, como bem elucidou Regina Helena COSTA:

Quando se fala em conceitos jurídicos indeterminados, trata-se de interpretação e aplicação da lei, o que faculta ao juiz fiscalizar a aplicação desse conceito para saber se foi atingida a única solução justa que aquela permite. É, portanto, um processo regrado, no qual não interfere a vontade do aplicador do conceito. No caso da discricionariedade, porém, o juiz não pode fiscalizar a entranha da decisão discricionária, posto que, seja qual for o seu conteúdo, se foi produzida dentro dos limites da remissão legal à apreciação administrativa, é necessariamente justa.<sup>50</sup>

Destarte, em síntese, os conceitos jurídicos indeterminados diferem-se da discricionariedade em razão de nos primeiros existir a realização de um ato de natureza subsuntiva, eis que o intérprete deve buscar aplicar ao caso a única solução juridicamente correta, enquanto na discricionariedade, o agente manifesta-se através de uma operação de natureza volitiva, já que deve escolher, dentre

---

<sup>47</sup>HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 87, n. 756, 1988, p. 18.

<sup>48</sup> Nada obstante a doutrina alemã tenha entendido, por vezes, que tal diferenciação, relativamente a certos conceitos, nem sempre existiria. BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 7, n. 27, abr./jun., 1999, pp. 95-107, p. 99; COSTA, Regina Helena, *Conceitos jurídicos indeterminados*, p. 132.

<sup>49</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *Teoria geral dos conceitos legais indeterminados*, p. 99.

<sup>50</sup> COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, p. 132.

diversas soluções juridicamente possíveis, aquela que melhor se encaixe ao caso concreto, segundo os seus próprios critérios de conveniência e oportunidade.

Nessas linhas, adiante, no momento em que forem analisados os requisitos caracterizadores da União Estável como conceitos jurídicos indeterminados, haverá de se ter em mente a impossibilidade, em que pese a sua abertura, de neles subsumir determinadas realidades, à medida que não obstante haja ali um halo conceitual, ensejador de dúvidas, ao final do processo interpretativo haverá de ser possível a identificação de uma solução correta, sujeitando-se, portanto, o intérprete-aplicador ao controle de sua atividade.

Antes, porém, de prosseguir rumo ao tratamento da União Estável, cumpre dedicar algumas palavras à distinção entre os conceitos jurídicos indeterminados, as cláusulas gerais e o princípios gerais de direito, todos eles compreendidos como expressão das chamadas novas formas de legislar, à título de assegurar a precisão conceitual.

### **CAPÍTULO III - AINDA SOBRE AS NOVAS FORMAS DE LEGISLAR: PRECISÃO CONCEITUAL**

#### **SEÇÃO I - As cláusulas gerais**

Como visto, o direito não se vale apenas de regulamentações específicas e pontuais, mas também faz uso de instrumentos legislativos capazes de conferir maior abrangência às normas. Nesse âmbito se inserem as chamadas cláusulas gerais, identificadas por Judith MARTINS-COSTA<sup>51</sup> como fatores de mobilidade do sistema jurídico-privado, à medida que o tornam capaz de abrigar os diversos casos que a dinamicidade social lhe apresenta para a regulação.

Com efeito, da mesma forma que ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados, legislar mediante cláusulas gerais significa adotar meios hábeis à flexibilização do sistema que as utiliza, eis que confere ao intérprete-aplicador maior possibilidade de adaptar as normas às situações de fato, colocando-se em maior relevo a função do julgador.

---

<sup>51</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um 'sistema em construção' - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 753, julho de 1998, p. 24-48.

Desde um ponto de vista histórico, é possível afirmar terem as cláusulas gerais nascido na Alemanha, no período do pós I Grande Guerra Mundial, num momento de forte crise econômica, mediante a interpretação de três parágrafos do Código Civil Alemão. Tratava-se dos parágrafos 138, 242 e 826, os *famous three*, autorizativos da utilização da boa-fé e dos costumes na interpretação dos contratos.<sup>52</sup>

O direito pátrio, por sua vez, não ficou alheio a essa tendência, passando a utilizá-las, inicialmente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor<sup>53</sup> e, posteriormente, com o Código Civil de 2002, o qual fincou suas bases em uma idéia de sistema aberto e móvel, e não mais buscou exemplificar de forma exaustiva todos os problemas enfrentados pela coletividade.<sup>54</sup>

Após essa brevíssima contextualização, impende caracterizar as cláusulas gerais a fim de diferenciá-las dos conceitos jurídicos indeterminados.

Inicialmente, cumpre salientar que a utilização das cláusulas gerais proporciona mobilidade ao sistema, eis que tal técnica legislativa faz uso, intencionalmente, de termos imprecisos, o que afasta o engessamento do magistrado, vez que as cláusulas gerais não buscam solucionar, previamente, todas as questões apresentadas pela sociedade, mas sim - através da grande abertura semântica de que são dotadas -, pretendem que as respostas aos problemas da realidade sejam progressivamente construídas pela jurisprudência. Assim, as cláusulas gerais encontram-se no âmbito do domínio das técnicas legislativas e, em

---

<sup>52</sup> MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor* – 50, ano 13, abr./jun. de 2004, p. 10-11. No mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA: “as cláusulas gerais nasceram BGB”. Embora, do ponto de vista histórico, essa assertiva não se confirme, haja vista que o Code Napoléon também as contenha, o certo é que sua utilização enquanto tal e bem assim a teorização acerca do tema se dará pioneiramente na Alemanha.” *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 291.

<sup>53</sup> Há mesmo quem identifique a utilização de cláusulas gerais, no Direito Brasileiro, em momento anterior, já que é possível afirmar que o Código Comercial brasileiro recorreu ao uso das cláusulas gerais como técnica legislativa, ao se referir à boa-fé, embora ela não tenha sido empregada em razão da desconfiança gerada pela vasta carga discricionária atribuída ao magistrado. NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Programa de Pós-Graduação em Direito - n. 1 (1953) - Curitiba: SER/UFPR, n. 41, pp. 85-98, 2004, p. 89-90.

<sup>54</sup> O próprio autor do projeto do Código Civil Brasileiro, professor Miguel Reale, ao tratar da *operabilidade* como um dos três princípios fundamentais a orientar a nova codificação, salienta a relevância do emprego das cláusulas gerais: “Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (*correttezza*) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica.” REALE, Miguel. *Visão geral do novo Código Civil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 set. 2006.

razão de sua generalidade, possibilitam sujeitar diversas situações a uma dada consequência jurídica.

De qualquer sorte, pelo fato de nada regulamentarem de forma completa e exaustiva, atuam como metanormas, as quais enviam o intérprete a critérios aplicativos passíveis de serem determinados através de juízos que ultrapassam o domínio jurídico, isto é, em razão de sua abertura, as cláusulas gerais levam o intérprete-aplicador a buscar assistência em fontes axiológicas diversas daquela em que se encontra a norma a que se faz referência, ou seja, em outros espaços no próprio ordenamento jurídico, ou até mesmo, fora do sistema. Todavia, tal envio não se trata de recorrer à discricionariedade, eis que as cláusulas gerais remetem o magistrado a juízos de valor objetivamente válidos.<sup>55</sup>

Como bem leciona Judith MARTINS-COSTA:

*Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal. Em outros casos, por não preverem determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também determinados por via jurisprudencial.<sup>56</sup>*

Desta forma, evidente que o juiz possui função essencial quando da existência de cláusulas gerais em um ordenamento jurídico, sendo que estas se apresentam como formas legislativamente hábeis capazes de permitir a inclusão de princípios e valores constantes de universos metajurídicos<sup>57</sup> ao mundo das normas positivadas.

Assim, apesar de apresentarem a vantagem de possibilitar a abertura do direito positivado às mudanças verificadas na vida social, as cláusulas gerais geram certa incerteza acerca de seus limites, razão pela qual nenhum código poderia ser formulado apenas com a utilização desta técnica legislativa, vez que se assim o fosse, o grau de segurança jurídico seria mínimo.

---

<sup>55</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 192.

<sup>56</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 299.

<sup>57</sup> Nada obstante o juiz haja, quando da utilização de cláusulas gerais, de forma a criar, complementar ou desenvolver normas jurídicas, através do reenvio para elementos cuja concretização possa estar além do sistema, esses elementos deverão fundamentar a sentença, razão pela qual fica assegurado o controle racional da sentença. MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um 'sistema em construção'* - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p. 29-30.

De qualquer sorte, além de proporcionarem mobilidade ao sistema jurídico, mister esclarecer que as cláusulas gerais também permitem a integração entre os vários microsistemas do ordenamento, isto é, permitem a mobilidade interna do sistema, já que para a melhor utilização e compreensão das cláusulas gerais, muitas vezes faz-se necessária a aplicação de disposições legais diversas daquelas constantes da norma, o que viabiliza a integração e a migração de valores e conceitos entre a Constituição Federal, o Código Civil e as leis especiais.<sup>58</sup>

Outra vantagem apresentada pelas cláusulas gerais é o fato de evitarem "os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa."<sup>59</sup> Graças à sua generalidade e abrangência se fazem capazes de, mediante processo interpretativo, abarcar situações que, a rigor, eram imprevisíveis no momento da elaboração do texto normativo, de modo a tornar desnecessária a elaboração de novas e sucessivas leis para dar conta da faticidade emergente.

Feitas estas considerações, importante salientar que apesar de as cláusulas gerais não possuírem uma estrutura própria capaz de diferenciá-las dos conceitos jurídicos indeterminados e, tampouco, dos princípios gerais de direito, possuem como característica uma peculiar estrutura normativa, que se caracteriza pela maneira que conjuga a previsão ou hipótese normativa com as conseqüências jurídicas - efeitos, estatuição - que lhe são correlatas.<sup>60</sup>

Tanto nos conceitos jurídicos indeterminados quanto nas cláusulas gerais o magistrado age de forma a valorar a situação concreta. Contudo, nos primeiros o grau de generalidade é inferior, eis que enquanto nos conceitos jurídicos indeterminados ainda se faz presente a subsunção dos fatos à hipótese legal - não se trata aqui de mera subsunção do fato a norma, mas, após a valoração atribuída pelo intérprete-aplicador, ele deverá subsumir o fato concreto ao caminho jurídico apresentado pela norma -, nas cláusulas gerais esse fato é substituído pela atividade de criação judicial, através da síntese, de maneira que constitua, o

---

<sup>58</sup> GONDINHO, André Osório. *Codificação e cláusulas gerais*, p. 12-13.

<sup>59</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como 'um sistema em construção'* - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p. 36.

<sup>60</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, p. 19; e MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um 'sistema em construção'* - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, p. 31.

processo, em verdadeira concreção. Tal diferença resta evidente no exemplo apresentado por Judith MARTINS-COSTA. Vejamos:

Poderíamos portanto afirmar que há uma diferença de grau no que tange à abstração e à generalidade, distinção que ficará mais clara se tomarmos, a título de comparação, as disposições do art. 395, inciso III, do Código Civil Brasileiro e a do parágrafo 826 do Código Civil Alemão. Ambas referem a expressão "bons costumes", da seguinte forma:

"Art. 395. Perderá o pátrio poder o pai ou a mãe:

.....  
III - que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. (Código Civil Brasileiro.)

§ 826. Aquele que objetivou prejudicar alguém por meio de atitudes contrárias aos bons costumes é obrigado a reparar o dano." (Código Civil Alemão.)

Ora, no primeiro caso, está referenciada a hipótese de perda do pátrio poder do pai ou da mãe, por ato judicial. No caso concreto o juiz deverá valorar o que a sociedade onde vive tem para si como "imoralidade" ou "maus costumes". Esta valoração será sua premissa. Uma vez configurada, o caso é simplesmente de aplicar a norma, havendo como consequência jurídica a perda do pátrio poder. A solução ao caso, pois, não é "criada" pelo juiz, já estando préconfigurada na lei. O que ocorrerá será apenas um preenchimento do conceito pelo julgador, que, concretamente, o determinará.

No segundo exemplo, o Código Civil Alemão, ao referir que, aos que objetivam causar prejuízo a outrem, "por comportamentos contrários aos bons costumes", cabe o dever de reparar o dano, consigna, para além de um conceito indeterminado, verdadeira cláusula geral de reparação de danos. A regra posta no referido dispositivo menciona apenas as condições necessárias ao nascimento do dever reparatório, sem definir com exatidão, a noção de prejuízo. Evidentemente, se tem aí todo um domínio de casos compreendidos pela cláusula, e não apenas uma única hipótese, como ocorre no citado art. 395, III, do Código Civil Brasileiro. Por outro lado, ao lado de valores, o juiz deverá, tendo em vista as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas doutrinariamente, criar a norma aplicável no caso concreto.<sup>61</sup>

Assim sendo, pode-se afirmar que nada obstante os conceitos jurídicos indeterminados possibilitem, graças a sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações - razão pela qual cabe ao intérprete-aplicador analisar quais os sentidos adequados a serem aplicados, bem como quais são as concepções éticas que pautam as relações sociais, a fim de determiná-las e identificá-las de forma a buscar a solução justa para o caso concreto -, por estarem presentes, por mais das vezes, na descrição do fato - embora não seja sempre assim, conforme se afirmou em momento anterior deste trabalho -, a liberdade do magistrado se finda quando da fixação da premissa. Desta forma, uma vez que se

estabeleça, no caso concreto, a coincidência entre o fato verificado na realidade e aquele descrito na norma, ou seja, que se reporte ao fato real o elemento (vago) indicado na *fattispecie*, a solução estará pronta a ser utilizada pelo aplicador, o qual deverá promover a subsunção do fato concreto à norma positivada, tratando-se, pois, de simples interpretação do direito, e não criação propriamente dita.

Ao contrário, nas hipóteses em que se vislumbra a existência de cláusulas gerais, a coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo não é perfeita, já que as cláusulas gerais exigem que o intérprete-aplicador aja de forma a concorrer ativamente para a elaboração da norma, razão pela qual a atuação intelectual do juiz se mostra mais complexa do que naquela dos conceitos indeterminados. Ademais, quando da existência de uma cláusula geral, além de o intérprete-aplicador ter de constatar a possibilidade de subsunção do caso à norma, deve verificar a precisa individuação das variáveis regras da sociedade às quais foi enviado em decorrência da análise a metanorma jurídica. Além disso, cabe também, ao julgador, determinar quais efeitos incidirão sobre o fato concreto, ou, na hipótese de estes já estarem indicados, qual a graduação que lhes será impressa, verificadas as possíveis soluções constantes do sistema.<sup>62</sup>

Assentada a distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, interessa, no tópico seguinte, estabelecer a diferenciação com relação aos chamados princípios gerais do direito, rumando em seguida para o desfecho dessa primeira parte do trabalho.

## **SEÇÃO II – Os princípios gerais de direito.**

Primeiramente, há que se fixar, para os fins do presente texto, uma definição para aquilo que se entende por princípios. Nesse sentido, adota-se o entendimento que os concebe como motivos conceituais de um determinado sistema de conhecimentos, servindo para a orientação daquele que com ele irá lidar. Daí se falar em princípios como fundamentos dos sistemas. Resta, portanto, acolhida aqui a lição de Miguel REALE, para quem os princípios se definem como “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um

---

<sup>61</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, p. 22-23.

<sup>62</sup> MARINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 326-327.

conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade.”<sup>63</sup>

Nessas linhas, conforme sejam aplicáveis a todos os ramos do conhecimento indistintamente, apenas a um determinado grupo de ciências ou somente a uma dada ciência, os princípios podem ser subdivididos em onivalentes, plurivalentes e monovalentes, respectivamente.<sup>64</sup> Por óbvio, os princípios gerais de direito, no âmbito dessa possível classificação, são definíveis como princípios monovalentes, vez que têm aplicação tão somente no interior da ciência jurídica.

Desses princípios gerais de direito importa, em um primeiro momento, afirmar a sua normatividade, isto é, o seu caráter de verdadeiras normas jurídicas que se lhes atribui no atual estágio do pensamento jurídico. Assim, não há mais que se falar em normas e princípios como realidades distintas, de forma que deve ser compreendida a norma como gênero que abrange os princípios e as regras, suas espécies. Nesse sentido, o ensinamento de Norberto BOBBIO:

Os princípios gerais são apenas, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.<sup>65</sup>

Definem-se, nessa esteira, os princípios gerais de direito como verdadeiras normas jurídicas, vinculando o intérprete-aplicador no momento da tomada de decisão, o que significa dizer que utilização dos princípios na resolução dos diversos problemas não é mera faculdade, mas imposição obrigatória, à medida que figuram como normas inseridas dentro do sistema. Daí dizer Miguel REALE que são eles “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”<sup>66</sup>

Assim definidos e tomados pela sua juridicidade, os princípios cumprem relevantes funções no interior do sistema jurídico, não mais se podendo concebê-los como aplicáveis somente diante das lacunas, isto é, nos casos de necessidade de

---

<sup>63</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 8. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 60.

<sup>64</sup> REALE, Miguel. *Ob. cit.*, p. 60.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 158.

<sup>66</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 300.

integração, despontando em importância sua função interpretativa, devendo o intérprete-aplicador tomá-los como verdadeiro guia no processo de concretização do direito. Com efeito, devem os princípios, pelo seu caráter de fundamentalidade, servir de norte à própria realização do direito, apresentando-se como referência obrigatória na sua interpretação-aplicação.

Dentre as características dos referidos princípios gerais, para além de sua generalidade, que resta evidente a partir de sua própria nomenclatura, sobleva atentar para aquilo que Domenico FARIAS, citado por Paulo Bonavides, chama de fecundidade, à medida que é ela que fundamenta as funções interpretativa e integradora dos referidos princípios:

“(...) os princípios são a alma e o fundamento de outras normas (...) A forma jurídica mais definida mediante a qual a fecundidade dos princípios se apresenta é, em primeiro lugar, a função interpretativa e integrativa. O recurso aos princípios se impõe ao jurista para orientar a interpretação das leis de teor obscuro ou para suprir-lhes o silêncio.”<sup>67</sup>

Ademais, vale salientar que podem os princípios gerais de direito se apresentar sob a forma explícita ou sob a forma implícita. Assim, princípios explícitos são aqueles que se encontram expressamente albergados por um dado ordenamento jurídico, isto é, que se consubstanciam em disposição legal. Por sua vez, os princípios implícitos se caracterizam exatamente pelo caráter inexpresso, de modo que são auferidos a partir das demais normas jurídicas mediante interpretação.

Dito isto, cumpre distinguí-los dos conceitos jurídicos indeterminados, a fim de se evitar confusões conceituais. Com efeito, tal como ocorre com as cláusulas gerais, é possível que um dado conceito jurídico indeterminado implique reenvio do intérprete a certo valor que seja expresso por um princípio geral de direito, o que não quer significar equiparação entre estas duas realidades. Desta forma, pode ser que um princípio esteja contido em conceito jurídico indeterminado ou mesmo que uma norma de estrutura principiológica seja construída mediante o recurso a conceitos jurídicos indeterminados, situações estas que não permitem a identificação entre eles, antes afirmando sua distinção. Em síntese, é possível que conceitos jurídicos

---

<sup>67</sup> FARIAS, Domenico. *Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionalli*, p. 163. Apud: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 274.

indeterminados acarretem a tomada de consideração de princípios gerais do direito no processo de concretização jurídica levado a cabo pelo intérprete-aplicador ou mesmo que uma determinada norma, que se apresente como princípio e não como regra, contenha em seu texto um conceito jurídico indeterminado, marcado pela polissemia, vagueza, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento. No entanto, tais circunstâncias não permitem identificá-los.

Ademais, e aqui interessa recurso ao argumento utilizado por Judith MARTINS-COSTA para diferenciar cláusulas gerais e princípios,<sup>68</sup> não se pode pensar em conceitos jurídicos indeterminados inexpressos, uma vez que se caracterizam exatamente por se tratarem de técnica legislativa. Nesse sentido, ou se vale o legislador do recurso aos conceitos indeterminados e eles figuram expressos no texto normativo, ou não, de modo que seria mesmo estranho imaginar interpretação pautada em um conceito jurídico indeterminado implícito.

### **SEÇÃO III – Entre a segurança jurídica e a eticização do direito.**

Assentadas as diferenciações conceituais acima desenvolvidas, importam algumas palavras acerca da suposta insegurança jurídica que decorreria do emprego, pelo legislador, de conceitos indeterminados, buscando-se demonstrar, a partir da já analisada tese da unicidade, que não resta comprometida a segurança jurídica pela utilização de tais conceitos, de modo que são eles instrumentos hábeis para a adaptação do direito legislado à dinamicidade social, permitindo ao intérprete o recurso a valores e a outras referências metajurídicas, num verdadeiro exercício de eticização, permitindo-se pensar em um direito justo para além do legalismo. Tal ordem de considerações, desde logo, revela-se inteiramente adequada à temática da União Estável, inserida no âmbito do Direito de Família, em que as preocupações de ordem ética despontam em importância.

Não se pode olvidar que a utilização, pelo intérprete-aplicador, dos conceitos jurídicos indeterminados, deve se pautar em análises racionais e objetivas, as quais, nada obstante permitam o preenchimento valorativo dos conceitos, não podem ser utilizadas de forma discricionária e arbitrária.

---

<sup>68</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 315-324.

Neste sentido, Carlos Alberto da MOTA PINTO, ao afirmar que:

As cláusulas gerais ou estalões jurídicos (...) e os conceitos jurídicos indeterminados têm, porém, de se aplicar, tendo em consideração momentos de racionalidade e objectividade, que excluam toda a possibilidade de uma torrencial insegurança e arbítrio e possibilitem a desejável uniformidade - é que a actuação do juiz, mesmo neste domínio, é vinculada à lei e não discricionária.<sup>69</sup>

Assim sendo, curial ressaltar a importância fundamental do papel do magistrado quando da adoção, por aqueles responsáveis pela elaboração das leis, de formas de legislar que não se restrinjam à casuística, as quais permitam que o sistema, bem como suas normas, se adaptem às mudanças ocorridas em sociedade, garantindo que este se mantenha aberto e oxigenado.<sup>70</sup>

A atividade do julgador, a qual se mostra de grande valia nos casos acima descritos, não pode se desvencilhar do garantismo da fundamentação dos atos decisórios, sendo que somente haveria abuso por parte do intérprete-aplicador na hipótese de ele não fundamentar sua decisão, ou ainda, de fundamentar seu decisório através do método da subsunção clássica, deixando de fazer menção aos valores metajurídicos que nortearam seu convencimento. Por assim ser, e aqui vale-se de argumento apresentado por Paulo NALIN ao discursar acerca da possível insegurança trazida pela adoção de cláusulas gerais, é que a credibilidade dos conceitos jurídicos indeterminados deve estar na conduta dos magistrados, os quais merecem a confiança dos demais operadores do direito. Para tanto, afirma que:

(...) é preciso desfrutar do ambiente constitucional brasileiro para confirmar que a segurança jurídica contemporânea (se é que existe algum conceito *uno* de segurança jurídica) transitou da figura da *segurança na lei para a segurança no juiz*, o que se apresenta, em meu entendimento, mais honesto sob o aspecto da aplicação ideológica da lei (não neutra), e mais coerente com os anseios de uma sociedade que não é geral e, muito menos, abstrata (características essenciais da lei), mas sim concreta e localizada, como de fato são concretos os sujeitos e localizados os problemas da vida.

Destarte, não pode ser encarada com sobressaltos e reprovações a construção do (novo) sistema de Direito Civil pelas mãos do juiz, pois, dentre outras, esta também é uma missão constitucional da magistratura.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, p. 63.

<sup>70</sup> NALIN, Paulo. *Cláusula geral e segurança jurídica no código civil*, p. 92.

<sup>71</sup> NALIN, Paulo. *Ob. cit.*, p. 97.

Deste modo, evidente que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados não leva à insegurança jurídica, já que o magistrado deverá, através da análise a valores metajurídicos, encontrar a única solução justa para o caso concreto, sendo que não poderá se eximir de fundamentar sua decisão, deixando claro os motivos de seu convencimento. De fato, o emprego dos conceitos indeterminados não permite ao magistrado renunciar à fundamentação das decisões, que de resto é imposição constitucional, em nosso ordenamento (art. 93, IX, CF). Ademais, não se pode deixar de destacar aqui, que à luz da tese da unicidade dos conceitos jurídicos indeterminados, a atividade interpretativa embasada em tais conceitos é suscetível de controle jurisdicional, de modo que se há de perceber que esta possibilidade realça antes de enfraquecer a segurança jurídica.

Para além do não comprometimento da segurança jurídica, certo é que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, assim como de cláusulas gerais, permite promover a eticização do direito, eis que permite ao intérprete-aplicador se valer de conceitos que estão além do ordenamento jurídico e, assim, faz com que o direito não se feche em si mesmo, garantindo a promoção dos ideais de equidade e justiça.

Em verdade, é possível afirmar que a própria causa de ser dos conceitos jurídicos indeterminados, enquanto opção deliberada de técnica legislativa, é a de propiciar a constante atualização do direito aos valores sociais, não estáticos e mutáveis no curso da história. Mediante o recurso aos conceitos indeterminados, possibilita-se ao intérprete-aplicador fazer irrigar as normas jurídicas com a própria vida, atentando para os valores preponderantes no meio social ao momento de concretização do direito, o que exigirá um seu comprometimento ético, a significar não a mera subsunção dos fatos aos textos, que sequer seria possível tendo em conta a estrutura dos conceitos em pauta, mas sobretudo a busca pela efetivação de um direito justo, traduzido em uma solução também assim qualificada como a única solução admissível (por correta e justa).

Trata-se de possibilitar a construção de um sistema jurídico comprometido socialmente e mais que isso, eticamente sustentado, no sentido de que a ampliação do papel do juiz que é decorrência lógica da utilização das cláusulas gerais traz consigo o imperativo da assunção de postura que o conduza a se auto-perceber não

como mero declarador do sentido da lei, mas sobretudo como agente de mudança social, na condição de verdadeiro construtor do sistema jurídico.

Nesse sentido, embora se subscreva aqui a lição de Judith MARTINS-COSTA quanto à distinção entre conceitos indeterminados e cláusulas gerais, discorda-se do entendimento, sustentado pela autora, de que na utilização dos conceitos indeterminados não há criação, mas tão somente interpretação,<sup>72</sup> pois que no atual estágio do pensamento jurídico quer parecer insustentável a compreensão da atividade interpretativa como destituída de momento criativo. Dito de outro modo, todo ato de interpretação é também um ato de criação do direito, de modo que tal não se passa de forma diferente quando se têm em conta os conceitos indeterminados.

É o que se lia já em 1976, no texto de Clóvis do COUTO E SILVA, com particular referência ao Direito de Família, que de perto aqui interessa:

“É fora de dúvida, contudo, que a jurisprudência tenha funções criadoras. Admite-se, hoje, sem vacilação, esse postulado. Basta verificar que, entre nós, além das fontes tradicionais, inclui-se certo tipo de sociedade de fato, como a que pode resultar do concubinato. (...) Falta, no exemplo citado, evidentemente, a ‘affectio societatis’, e, no entanto, conferem-se direitos de modo geral somente admissíveis numa sociedade.”<sup>73</sup>

Trata-se, portanto, de abandonar a dogmatização do discurso da segurança jurídica levada a cabo pelo positivismo, que traz consigo a de todo o modo nociva identificação entre direito e lei e que pretende reduzir a patamares mínimos a atividade do juiz, sob o pretexto de assegurar a separação dos poderes, também vertida em dogma, como garantia dos direitos dos cidadãos. Perceba-se que não se trata de renunciar àquele princípio, que de resto encontra-se assegurado constitucionalmente (*caput* do artigo 5º), mas tão-somente de superar sua compreensão dogmatizada, reconhecendo-se, aqui, a não violação deste princípio pelo emprego dos conceitos jurídicos indeterminados, vistoriando nesses últimos uma manifestação salutar da técnica legislativa que permite ao intérprete-aplicador alcançar uma maior proximidade com a vida e com os interesses humanos no desempenho da atividade hermenêutica. Eis que esta meta somente poderá ser atingida caso se admita o caráter criativo da interpretação e a ela não se

---

<sup>72</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 274.

<sup>73</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*, p. 81.

interponham obstáculos infundados, sob argumento da necessidade de se resguardar a segurança jurídica.

“É em nome da segurança jurídica que se quer assim manter o juiz e minimizar a função judicial. Sucede que esse juiz computador, esse aplicador mecânico de normas, cujo sentido não lhe é dado aferir, e cujos resultados na solução dos casos concretos lhe é defeso indagar, este juiz assim minimizado e desumanizado, não é, de forma nenhuma capaz de realizar a segurança jurídica. Preso a uma camisa de força teórica que o impede de descer à singularidade dos casos concretos e de sentir o pulsar da vida que nele se exprime, esse juiz, servo da legalidade e ignorante da vida, o mais que poderá fazer é semear a perplexidade social e a descrença na função que deveria encarnar e que, por essa forma, nega. Negando-a, abre caminho para o desassossego social e a insegurança jurídica”.<sup>74</sup>

Com efeito, caso se pretenda um direito efetivo, não descolado da realidade social subjacente, é mesmo necessário que possa o intérprete-aplicador “descer à singularidade dos casos concretos”, o que se torna possível quando se está diante de texto normativo estruturado a partir de conceitos jurídicos indeterminados, justamente por guardarem estes uma zona de dúvidas, isto é, um espaço vazio que haverá de ser preenchido em conformidade não só com as demais regras e princípios do sistema jurídico, como sobretudo tendo-se em conta as exigências da vida. Desde aí, então, a possibilidade de eticização do direito, que não poderá cerrar-se em si mesmo, mas deverá, sim, subsumir em si as idéias de justiça e equidade, o que se torna viável por intermédio da atividade hermenêutica.

Tanto mais importante essa ordem de idéias, reitere-se, quando se tem a frente um temário inserido no âmbito do Direito de Família, como é o da União Estável, cujo deslinde se faz marcado por questões de ordem ética, vez que mesmo “historicamente, a idéia de família sempre esteve voltada para caracterização de um ambiente ético por excelência, onde a função procriativa pudesse ser exercitada, e a prole encontrasse espaço para se desenvolver de forma natural e segura.”<sup>75</sup>

Encerrada essa primeira parte do trabalho, em que se espera ter ficado delineado o entendimento daquilo que se trata aqui por conceitos jurídicos indeterminados, passa-se agora, à análise da união estável dentro do direito pátrio, com ênfase no artigo 1723, *caput*, do Código Civil, o qual apresenta os requisitos

---

<sup>74</sup> AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 25.

<sup>75</sup> CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. A família e a União Estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord). *Os direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 373-401, p. 379.

contemplados pelo legislador como àqueles capazes de configurar um relacionamento como união estável, procurando-se demonstrar que alguns destes requisitos normativos foram estruturados sob a forma de verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados, o que exigirá esforço do intérprete no seu preenchimento, jamais perdendo a referência que parte do texto constitucional, que há de figurar como verdadeiro suporte axiológico à atividade interpretativa, tanto mais quando se busca dar vazão à constitucionalização do direito civil.

## **PARTE II - UNIÃO ESTÁVEL**

### **CAPÍTULO I - BREVE APORTE HISTÓRICO: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS EVOLUÇÕES DA FAMÍLIA E DA UNIÃO ESTÁVEL DENTRO DO DIREITO PÁTRIO.**

#### **SEÇÃO I - Origem e evolução da família: uma realidade em constante mutação.**

É cediço que o direito de família se apresenta como, senão o maior, um dos que possuem maior aplicabilidade e incidência prática, já que, de uma forma ou de outra, as pessoas vivem em conjuntos familiares ou relacionam-se entre si de modo a formarem novos núcleos familiares. Além disso, certo é que as relações de família são pautadas pela extra-patrimonialidade - nada obstante se verifique a necessidade de contemplar suas relações patrimoniais, as quais foram supervalorizadas pelo direito moderno -, possuindo suas bases no afeto e nas relações intimamente pessoais e humanas, razão pela qual não é preciso nada além da própria matéria-prima humana para se formar um grupo familiar.

Por assim ser, as relações familiares encontram-se em constante mutação e desenvolvimento, cabendo ao direito acompanhar esta evolução da melhor forma possível, a fim de contemplar e garantir as novas e crescentes necessidades exigidas pela generalidade das pessoas.

Antes de o presente trabalho se ater às considerações acerca da união estável, cumpre localizá-la em um contexto histórico, pelo que se passa agora a uma breve visão geral e histórica da família.

Não se trata de tarefa fácil tentar identificar a época e as condições em que surgiram as primeiras instituições familiares, sendo que "quem rastreia a família em investigação sociológica encontra referências várias a estágios primitivos em que

mais atua a força da imaginação do que a comprovação fática."<sup>76</sup> Nada obstante, em meio a tendências variadas<sup>77</sup>, Pontes de MIRANDA apresenta as seguintes teorias:

a) Teoria da monogamia originária, defendida por Charles Darwin, a qual reduzia o amor entre os casados e o amor entre pais e filhos a dados psicológicos irresistíveis, sendo que os seres humanos seriam sempre dominados por esses impulsos instintivos que garantiriam a manutenção da monogamia. Contudo, ressaltou, Pontes de MIRANDA, que o desejo de variar, de novidade e de desconhecido também constituem dados psicológicos igualmente poderosos, bem como o amor paterno também estaria presente nos casos de poligamia.<sup>78</sup>

b) Teoria da promiscuidade primitiva<sup>79</sup>, como explicação para o matriarcado, pela qual a família teria origem em uma condição inicial de promiscuidade sexual, em razão do que mulheres e homens pertenceriam uns aos outros, sem quaisquer restrições, ocasiões em que inexisteriam as uniões reservadas. A partir daí, as pessoas teriam passado a se unirem por grupos, seguindo-se a exclusão dos pais, filhos e irmãos, das citadas atitudes promíscuas. Caio Mário da Silva PEREIRA afirma que essa condição de promiscuidade seria incompatível com os desejos exclusivistas dos seres humanos, bem como contraditória com o desenvolvimento da espécie.<sup>80</sup>

De qualquer sorte, segundo essa teoria, foi a divisão das tarefas - pela qual o homem era responsável pela alimentação, tornando-se proprietário dos instrumentos de trabalho - que levou o varão a gradualmente encontrar-se em posição mais vantajosa que a mulher.<sup>81</sup> Em sua obra, Arnaldo RIZZARDO afirma que em um período mais adiantado, a união entre homens e mulheres se iniciava através do rapto, ou seja, havia a apreensão da mulher pelo homem através de um ato de força, fato este que fazia com que ela ficasse submetida ao domínio masculino.<sup>82</sup>

---

<sup>76</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5, Direito de Família, 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 23.

<sup>77</sup> Belmiro Pedro WELTER faz menção à tendência naturalistas, evolucionistas ou sociológicas. *Estatuto da união estável*, 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2003.

<sup>78</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*, v. I, Direito Matrimonial, 1. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2001, p. 62-63.

<sup>79</sup> Belmiro Pedro WELTER denomina esta segunda teoria de "Matriarcal". *Estatuto da união estável*, p. 11-12.

<sup>80</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 24.

<sup>81</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*, p. 11-12.

<sup>82</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 10.

c) Teoria das uniões transitórias, pela qual homens e mulheres permaneceriam juntos apenas algum tempo após o nascimento do filho, o que restaria confirmado pela zoologia, já que também é possível se verificar tal situação com outros animais.<sup>83</sup>

Além destas três teorias acima descritas, faz-se possível apresentar uma outra, chamada de teoria patriarcal, que nega a existência de promiscuidade sexual e afirma que o pai sempre foi o centro da família<sup>84</sup>, modelo que restou famoso pelo fato de ter sido utilizado pela civilização romana, a qual deixou seu legado à família ocidental.

No direito romano, a palavra família significava uma reunião de pessoas colocadas sob o poder familiar de um único homem - o *pater familias* -, sob cujas ordens estavam submetidos os filhos e as esposas - as quais encontravam-se em condições análogas às das filhas -, bem como quaisquer integrantes daquele organismo social, como netos, bisnetos e respectivos bens. Este tipo de família, representado pelo grupo de pessoas submetidas a apenas uma autoridade, era conhecido como *jure proprio*. Um outro modelo de família, oriundo da união entre pessoas pelo parentesco do pai, sem importar se eram ou não descendentes, era chamado de *communi jure*, na qual o filho era estranho à família materna, já que não existiam laços que o unisse aos ascendentes da genitora. Aqui, o *pater* possuía imensa autoridade, já que desempenhava o poder sobre os escravos, os descendentes e as mulheres,<sup>85</sup> e era apenas ele quem poderia adquirir bens. Parafraseando Fustel de Coulanges e os irmãos Mazeaud, Caio Mário da Silva PEREIRA afirma que o Império Romano nasceu da organização familiar fundada na idéia religiosa<sup>86</sup>, pela qual havia predominância de preocupações de ordem moral, sendo que, com o passar do tempo e em razão das necessidades militares - as quais incentivaram o surgimento de patrimônio independente para os filhos, oriundo dos bens adquiridos como soldado -, a autoridade do *pater familias* perdeu força.

De qualquer sorte, por restar evidente que não se pretende adotar nenhuma teoria acerca da origem e evolução da família e, por certo que tal fato não

---

<sup>83</sup> MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito de família*, p. 64.

<sup>84</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*, p. 12.

<sup>85</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, p. 10.

<sup>86</sup> COULANGES, Fustel de. *La cité antique*, p. 39, e MAZEAUD, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de droit civil*, v. I, 685 e ss. Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 26-27.

influenciará os rumos deste trabalho, cumpre destacar, ao final desta breve síntese histórica acerca da origem da família, os ensinamentos de Clóvis BEVILÁQUA, para quem:

A família primitiva é vacilante, inconsistente, não toma um caráter fixo e dissolve-se em pouco tempo, ligada que se acha somente pelas energias biológicas. Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervem, pela religião, pelos costumes, pelo direito, e a sociedade doméstica se vai, proporcionalmente, afeiçoando por moldes mais seguros, mais definíveis e mais resistentes. Somente depois dessa elaboração é que alguns escritores querem que exista a família, que assim seria um produto seródico da vida social. Penso, ao contrário, que não passa ela de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa.<sup>87</sup>

Com efeito, independentemente da origem da família, bem como dos rumos traçados no caminho de sua evolução, certo é que as relações entre homens, mulheres e prole sempre existiram, nada obstante a este conjunto de seres não tenha sido atribuído, inicialmente, o nome e a condição de família. Desse modo, não merecem acolhida orientações de índole historiográfica, que buscam colher no passado dados legitimadores para as concepções que se pretendem enraizadas no presente, que mais servirão para ocultar as potencialidades do real que para desvendá-lo. Nesse sentido, não há que se imaginar que se na origem a família fora monogâmica e instituída tão somente pelo matrimônio, tal deva perdurar até os tempos presentes, de forma inalterada e insensível ao caráter cambiante da faticidade.

Não se está aqui a rejeitar a validade da pesquisa histórica, mas sim a alertar-se para o perigo da historiografia tradicional e de seu discurso, em sede do terreno de família. Em verdade, o aporte histórico é de todo válido aqui, tanto mais para que se perceba que têm origem certa os obstáculos e resistências ao reconhecimento dos novos desenhos das entidades familiares pelo direito. Nesse sentido, não há que se olvidar a pesada influência da moral cristã e mesmo do Direito Canônico sobre a construção do discurso do direito de família. Nesse sentido, há que se registrar a posição central que este Direito de índole clerical granjeou desde a queda do Império Romano do Ocidente, no século V, momento de forte crise das estruturas de poder temporal. Sobretudo com a reforma gregoriana, do séc. XI, desponta em importância o ordenamento canônico, cujas influências são

---

<sup>87</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de família*, Edição histórica, 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 17.

sentidas até hoje no Direito de Família, em que pese o processo de secularização iniciado por volta do séc. XIV, em decorrência das tensões entre o Estado em formação e a Igreja.

Entrecortando maiores perspetivações históricas que transbordam aos singelos limites do aporte que aqui se busca, há que se registrar a permanência, ainda hoje, não só no plano legislativo, como também na mentalidade dos juristas, de resquícios da racionalidade *juscanônica* no direito brasileiro, que podem ser evidenciados, por exemplo, nas dificuldades de aceitação da União Estável e de outras entidades familiares não matrimonializadas, como verdadeiras formas de constituição de família. Nesse sentido vai a lição de Belmiro Pedro WELTER:

“O Direito de Família brasileiro aceitou a influência da legislação eclesiástica, nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, ao preconizarem que o casamento indissolúvel era a única forma de constituir família. (...) E isso ocorre porque, pelo Direito Canônico, o casamento deve ser indissociável, um sacramento, ser eterno – *até que a morte separe*.”<sup>88</sup>

No entanto, em que pese a inegável remanescência desses resquícios, ainda a atravancar a transformação do direito de família pátrio, largos passos foram dados pelo constituinte de 1988 no sentido de dar abrigo à laicização das relações jurídico-familiares. Nesse contexto, interessa ao presente trabalho, sobretudo, o reconhecimento de outras formas de constituição da família, como a União Estável, expressamente agasalhada no artigo 226, §3º da Constituição Federal. Tem-se aí o ponto ápice de uma evolução que vem desde já algum tempo sendo construída pela literatura e pela jurisprudência do direito de família, importando o reconhecimento pelo direito das diversas manifestações com que a coexistencialidade familiar se apresenta no mundo da vida.

Tem-se ali, no texto constitucional, respaldada a perspectiva que propugna pela reinvenção do direito de família, no sentido de passar-se da unidade codificada à esteira do Código Bevilácqua, nitidamente impregnada pelos mandamento canônicos, à pluralidade de formas de constituição da família, sobretudo a partir de uma leitura que privilegia as relações de ordem afetiva para identificação das entidades familiares, o que se coaduna com um ordenamento que

tem no seu centro a dignidade da pessoa humana, que deverá ser tomada como ser histórico e concreto, numa superação dos formalismos enclausurantes e das abstrações metafísicas.

A fim de se chegar ao enfrentamento da temática da União Estável, no contexto dessas advertências iniciais, passar-se-á adiante a uma breve análise da evolução da legislação pátria concernente às relações concubinárias, que estão na base do reconhecimento da União Estável como verdadeira entidade familiar, tendo-se em conta a peculiaridade de que “no direito de família brasileiro a norma jurídica, mais do que refletir valores abstratos, nascidos da imaginação técnico-jurídica do legislador, irá regular arranjos sociais e econômicos específicos”.<sup>89</sup>

## **SEÇÃO II - Evolução da legislação pátria no que concerne à família e às uniões concubinárias<sup>90</sup>: notas sobre a repersonalização e o afeto nas relações familiares.**

A inicial e intensa preocupação com os interesses patrimoniais no direito de família perde força quando se pensa no modelo atual, o qual aparece eivado de interesses de cunho pessoal ou humano e, enraizado no elemento da afetividade. Segundo Silvana Maria CARBONERA, “a moderna concepção jurídica de família, gradativamente construída, deslocou-se do aspecto desigual, formal e patrimonial para o aspecto pessoal e igualitário.”<sup>91</sup> Nessa mesma linha, Luiz Edson FACHIN entende que com o surgimento do afeto no plano das relações fáticas, a família passa a se inscrever em um caminho de direitos subjetivos, em que se busca o direito de ser ou de estar, e o como se quer ser ou estar.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> WELTER, Belmiro Pedro (org). A secularização do direito de família. WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 91.

<sup>89</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Prefácio. In: FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família no novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>90</sup> Faz-se uso da expressão “uniões concubinárias” a fim de se abranger a trajetória prévia ao reconhecimento da união estável, com essa designação, pelo direito positivo brasileiro.

<sup>91</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. FACHIN, Luiz Edson (coord.) et. al. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 290.

<sup>92</sup> FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr./jun. de 1999, p. 10.

Desta forma, passou-se a valorizar as relações humanas pautadas pelo amor e afeto, deixando-se à margem da família os interesses patrimoniais, sendo que a contemplação deste elemento nuclear - o afeto - capaz de fornecer as bases da família e, tutelado na Constituição Federal de 1988, conduziu ao fenômeno conhecido por repersonalização, pelo qual os seres humanos passaram a integrar o centro dos debates jurídicos, transformando-se os valores anteriormente patrimoniais em valoração do ser, o que não quer dizer que a propriedade deixou de ter importância, mas certamente passou a ter função complementar.<sup>93</sup> Nesse sentido, Rosana Amara Girardi FACHIN<sup>94</sup> afirma que a opção pela repersonalização da família significa dar prioridade ao 'ser', deixando-se de lado a patrimonialização, isto é, diminuindo a importância do 'ter'.

Aliás, Teresa Arruda ALVIM PINTO explicou esse fenômeno essencialmente humano, pessoal e afetivo, qual seja, o da repersonalização, afirmando que "as alterações havidas têm por escopo fazer com que o direito de família passe a girar fundamentalmente em torno de fenômenos humanos, ligados à esfera afetiva, espiritual e psicológica de pessoas envolvidas e não de facetas de natureza predominantemente patrimonial".<sup>95</sup> Deste modo, há que se considerar que a busca pela afetividade e pelas realizações de cunho íntimo e pessoais passaram a ser as finalidades mais importantes da família, o que levou à ascensão da idéia de família eudemonista, isto é, aquele tipo de família em que o objetivo precípua é a realização pessoal dos entes que a compõe.<sup>96</sup>

Por assim ser, o legislador não pôde e não pode simplesmente ignorar a existência da afetividade como elemento nuclear e de estabilidade da família, razão pela qual as normas evoluíram nesta mesma esteira, apesar de a legislação estar, via de regra, aquém das necessidades e dos anseios sociais.

---

<sup>93</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. BITTAR, Carlos Alberto (coord.), *O direito de família e a constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 71-72.

<sup>94</sup> FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12-13.

<sup>95</sup> ALVIM PINTO, Teresa Arruda. Entidade familiar e casamento formal. ALVIM PINTO, Teresa Arruda (coord.), *Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 02.

<sup>96</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*, Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2000, p. 105.

Via de ilação, cumpre destacar, de forma sucinta, a evolução da família dentro das constituições pátrias, as quais evidentemente reproduzem as fases históricas atravessadas pelo país, na transição do Estado liberal para o Estado social.<sup>97</sup>

As constituições de 1824 e de 1891 foram marcadas pelo caráter liberal, deixando de dispor acerca da família - com exceção do artigo 72, § 4º, da Constituição de 1891, em que se faz referência ao reconhecimento do casamento civil -, tendo em vista o espírito de hegemonia do individualismo da época.

A Constituição de 1934<sup>98</sup> conteve um capítulo destinado à família, oportunidade em que se reconheceu apenas aquela constituída pelo casamento indissolúvel, ou seja, a família legítima. Além disso, permitiu o reconhecimento de filhos naturais e não adulterinos.

Na mesma esteira, as constituições de 1937 e de 1946 reconheceram somente a família legítima, passando o Estado a ser tutor da infância e da juventude, inclusive substituindo os genitores em caso de abandono, sendo que a segunda caracterizou-se por uma preocupação especial com o casamento indissolúvel.

A Constituição de 1967 alterou de forma mínima o disposto na de 1946, ao passo que a Constituição de 1969, após a Emenda n.º 9/77, tornou o casamento dissolúvel.

No que concerne às disposições acerca da família dentro da Constituição Federal de 1988, Paulo Luiz Neto LÔBO afirmou que da análise ao texto constitucional, pode-se chegar a certas conclusões, quais sejam:

- a) a proteção do Estado à família, sem qualificações ou restrições, aplica-se a qualquer tipo existente, e não apenas à legítima, que continuará sendo o tipo-padrão constitucional;

---

<sup>97</sup> Como Estado liberal deve-se compreender àquele em que o poder estatal e a legislação estão limitados ao mínimo necessário, o qual surgiu junto à ascensão econômica e política da classe burguesa, ao passo que como Estado social entende-se àquele em que houve a retomada do processo intervencionista por parte do Estado absolutista, fundamentando-se no desejo democrático do liberalismo pautado pelo interesse social. LÔBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*, p. 57-58.

<sup>98</sup> Segundo Rosana Amara Girardi FACHIN, "a família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte cunho patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas." *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*, p. 08.

- b) a família assume claramente a posição de sujeito de obrigações e sujeito passivo de ação, ao lado do Estado;
- c) os interesses que são tutelados são fundamentalmente da pessoa humana, isto é, personalíssimos e indisponíveis, sem natureza patrimonializante;
- d) a família é concebida com base nos princípios de liberdade e igualdade: igualdade total entre os cônjuges e entre os filhos, independentemente da condição de nascimento; liberdade de constituir e extinguir relação conjugal; liberdade assentada na garantia da integridade física, mental e moral; liberdade de fixar o número de filhos; liberdade de se planejar. Extinguem-se de vez os resíduos de família patriarcal, rompendo-se a organização hierárquica tradicional;
- e) os direitos dos membros da união familiar são autônomos, independentemente do *status familiae* (estado de casado ou de filho).<sup>99</sup>

Assim sendo, evidente que a Constituição Federal de 1988 aumentou de forma considerável o leque de proteção à família, passando a tutelar formas não matrimonializadas de grupos familiares, as quais anteriormente ficavam à margem do texto constitucional. Nas palavras de Ana Carla Harmatiuk MATOS, "foi o legislador constitucional quem assentou o 'divisor de águas' na concepção jurídica de família, especialmente por intermédio do reconhecimento jurídico da chamada união estável e da reafirmação do princípio da isonomia entre homens e mulheres."<sup>100</sup> Apesar deste avanço, pelo qual clamava a sociedade, eis que as uniões livres há muito constituíam meios pelos quais os casais se uniam, certo é que o constituinte foi omissivo em outros pontos que também necessitavam de proteção, tal como a união homoafetiva. No entanto, deixa-se, por ultrapassar o restrito tema proposto ao presente trabalho, de realizar quaisquer estudos acerca de tais falhas.

Não obstante, em razão de se buscar analisar certa parte do instituto da união estável, impende destacar a evolução do tratamento legislativo e jurisprudencial, dentro do direito pátrio, das uniões concubinárias. Para tanto, valer-se-á dos estudos de Gustavo TEPEDINO, que separa em três fases distintas a evolução nos âmbitos doutrinários, legislativos e jurisprudenciais do tratamento jurídico concedido aos núcleos familiares não fundados pelo casamento. A primeira fase refere-se à rejeição pura e simples do concubinato, o qual foi estigmatizado como relação adúltera pelo Código Civil de 1916 além de ter sido considerado estranho ao direito e insuscetível de produzir quaisquer efeitos jurídicos. Em seguida, com o abrandamento da rejeição do concubinato, o que não significou sua acolhida no âmbito do direito de família, a jurisprudência passou a reconhecer o

---

<sup>99</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. *A repersonalização das relações de família*, p. 60-61.

<sup>100</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*, p. 97.

concubinato na esfera do direito obrigacional, cujo reconhecimento gerava a necessidade de se impedir que um concubino enriquecesse injustificadamente em detrimento do outro.

Com o tempo, sobretudo a partir dos anos 50, a segunda fase se tornou evidente pelo fato de o legislador especial atribuir importância ao concubinato puro, qual seja, aquele caracterizado pela união livre e estável entre duas pessoas desimpedidas, deixando de concebê-lo como simples relação de direito obrigacional e passando a recepcioná-lo como forma lícita de vida em comum, atribuindo-lhe efeitos jurídicos nos âmbitos assistencial (possibilidade de a companheira receber a indenização do parceiro falecido em razão de acidente de trabalho, desde que ele não fosse casado e a tivesse incluído como beneficiária - Dec.-lei n.º 7.036/44; Lei n.º 6.367/75 e Lei n.º 8.213/91), previdenciário (inseriu-se a companheira como dependente do contribuinte falecido, sendo que a jurisprudência expandiu esses direitos, ante a ausência de designação expressa como dependente, às hipóteses de existência de filhos ou de provas que demonstrassem uma relação de fato estável e duradoura - Leis n.º 4.297/63 e n.º 6.194/74), locatício (permitia-se, ao companheiro sobrevivente, continuar a locação celebrada pelo *de cuius* - Lei n.º 6.649/79 e Lei n.º 8.245/91), entre outros. Nesta época, a doutrina procurou diferenciar o concubinato puro do impuro, já que este ocorria na hipótese de um dos concubinos estar impedido para o casamento em razão de manter outro casamento válido (concubinato adúltero) ou por serem, os parceiros, ligados por laços de parentesco próximo (concubinato incestuoso).

Já a terceira e última fase caracteriza-se por compreender a tutela constitucional das entidades familiares, eis que o artigo 226, § 3º<sup>101</sup>, da Carta Magna, admitiu a existência de núcleos familiares ou familiares extramatrimonializados, sendo que tal fase precedeu uma alteração que rompeu com as estruturas formais do direito de família. Tal rompimento se deu em virtude de a Lei n.º 7.250/84 alterar o artigo 1º, § 2º, da Lei n.º 883/49, autorizando o reconhecimento, pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos ininterruptos - na constância, pois, de casamento apenas formalmente válido -, do filho nascido

---

<sup>101</sup> “Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

fora do casamento. Deste modo, o legislador rompeu com as bases formais e de estrutura rígida do direito de família, passando a aceitar que a ausência de vida em comum pudesse afastar a força normativa que o matrimônio, ato solene por natureza, fosse capaz de atrair.<sup>102</sup>

Com efeito, certo é que o concubinato, desde que não concorresse com o matrimônio, passou a ser contemplado como forma válida de relacionamento, gerando efeitos independentemente da partilha do patrimônio oriundo do esforço comum dos companheiros.

Ultrapassada esta etapa, em que se procurou demonstrar a evolução da família e das relações concubinárias dentro do direito brasileiro, passa-se a delimitação conceitual de algumas formas de família extramatrimonializadas, cujo rol não pretende ser exaustivo.

## **CAPÍTULO II - FAMÍLIAS NÃO FUNDADAS NO CASAMENTO: O LUGAR DA UNIÃO ESTÁVEL.**

O presente capítulo tratará de expor, de forma não taxativa, o instituto da união estável, o qual foi reconhecido pela Constituição da República de 1988 como sendo uma das hipóteses de família não fundada pelo matrimônio. Todavia, antes de se adentrar especificamente ao tema da união estável, cumpre tecer algumas observações acerca da sociedade de fato e da união concubinária, a fim de delimitar os contornos destes distintos fenômenos.

### **SEÇÃO I - Sociedade de Fato.**

Nada obstante saiba-se que as sociedades de fato não constituem modelos de família, vale-se do recurso de analisá-las dentro deste tópico em razão de se pretender diferenciá-las das chamadas uniões estáveis.

---

§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.” No atual estágio, mais importante do que falar em Constitucionalização do Direito Civil é colocá-la em prática.

<sup>102</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001, p. 329-335.

Ao contrário do que ocorre nas uniões estáveis, em que há a presença de diversos elementos relacionados ao intuito dos companheiros de se unirem, tais como a convivência *more uxorio*, a notoriedade, a continuidade, a durabilidade, o dever de fidelidade, a vontade de constituir uma família (conforme se mostrará adiante), a sociedade de fato se fundamenta no ânimo ou na intenção de as partes associarem-se, ou seja, baseia-se na *affectio societatis*, que é essencial a qualquer sociedade em que se almeja a formação de um fundo comum, com o fim de repartirem-se os ganhos e as perdas que dele resultarem.

Assim sendo, pode-se destacar alguns elementos que se fazem presentes em uma sociedade de fato, quais sejam:

- A pluralidade de pessoas, que se unem para constituir um patrimônio comum, ou um fundo geral pertencente aos componentes da sociedade;
- Onerosidade, consistente na atuação para a obtenção de utilidades ou bens;
- A comutatividade, revelada nos direitos e deveres mútuos para o desiderato da formação do patrimônio;
- A constituição em vista da pessoa dos contratantes, ou a união *intuitu personae*;
- A consensualidade, definido no mero consenso dos envolvidos na união, sem necessidade de instrumentalizar por escrito o intuito.<sup>103</sup>

Deste modo, pode-se aduzir que a sociedade de fato funda-se na comunhão de vida e de interesses, a qual se atinge com a conjugação de esforços em benefício de todos aqueles que se uniram.

De qualquer sorte, há que se elucidar que nem sempre foi assim. Na verdade, a idéia da "sociedade de fato" surgiu para garantir que uma das partes, via de regra, a mulher, não saísse completamente desamparada de um relacionamento afetivo informal, assim como para evitar o enriquecimento ilícito da parte mais forte, a mais das vezes, o homem. Desta forma, entendia-se que na hipótese de a aquisição dos bens ter se tornado possível em razão da conjugação dos esforços dos conviventes, estes deveriam ser tratados como sócios quanto ao patrimônio amealhado, de tal sorte que, dissolvida a sociedade, o montante dos bens adquiridos deveria ser dividido entre ambos.<sup>104</sup> Nesta esteira, apresentou-se a Súmula 380 do STF, cujo enunciado assim dispunha:

---

<sup>103</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, p. 894.

<sup>104</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo código civil e a união estável. *Revista de direito privado* 13, ano 4, jan./mar. de 2003, p. 51-62, p. 52-53.

Súmula 380 do STF - Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

A partir daí, a jurisprudência passou a entender que o esforço comum, ou seja, a contribuição das partes, não precisava ser necessariamente pecuniária, aceitando que o trabalho, mesmo que doméstico, também era suficiente para o aumento patrimonial, eis que as atividades realizadas pela mulher no lar permitiam ao homem economizar e, assim, melhorar sua condição financeira.

Deste modo, a existência de uma sociedade de fato estava e está, estritamente ligada à comprovação da conjugação de esforços para a aquisição do patrimônio comum, o que a torna capaz de produzir efeitos patrimoniais, com base em argumentos do direito obrigacional<sup>105</sup> e assim, receber proteção estritamente patrimonial. Ao contrário, a união estável, contemplada pela Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelas Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96 e, mais recentemente pelo Código Civil de 2002, evidentemente encontra-se na seara do Direito de Família, recebendo proteção no âmbito personalíssimo, o que se apraz com a colocação da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, tal qual operada pela Carta Constitucional de 1988 e faz da União Estável verdadeira forma de constituir família, isto é, entidade familiar, em que mais interessam as relações interpessoais, marcadas pelo afeto, que os aspectos de cunho patrimonial.

Destarte, evidente que a "sociedade de fato", representada por aquelas hipóteses em que há esforço comum para a aquisição de algum bem, sem que as partes desejem constituir uma família ou, sem que tenham permissão legal para tanto - no caso de haver algum impedimento -, não representa uma entidade familiar, mas apenas garante a partilha de um patrimônio que foi adquirido conjuntamente.

## **SEÇÃO II - Concubinato.**

Inicialmente, há que se destacar que o Código Civil de 2002 previu expressamente a distinção entre a união estável e o concubinato, sendo aquela a união entre pessoas que se relacionam livremente, por opção, podendo, inclusive,

contraírem matrimônio, ou seja, a união entre pessoas que não estão impedidas de casarem entre si, ao passo que a segunda caracterizou-se pela união entre pessoas impedidas de se casarem que têm como opção o concubinato, eis que impossibilitadas de contraírem núpcias. Para tanto, o legislador assim dispôs:

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

Com efeito, cumpre elucidar que tal dispositivo seguiu a tendência de contemplar uma diferenciação que há muito despontava na doutrina, garantindo a distinção entre o "concubinato puro" e o "concubinato impuro", cujas expressões, para Rodrigo da Cunha PEREIRA, "veiculam estigmas morais com os quais não se pode concordar."<sup>106</sup>

A idéia da existência de um concubinato impuro estava estritamente relacionada com o fato de a expressão concubinato carregar o estigma da união clandestina e adúltera<sup>107</sup>, isto é, daquela união moralmente condenável. Assim sendo, em razão de se verificar a existência de uniões em que, nada obstante inexistisse qualquer impedimento para o matrimônio entre os conviventes, o casal relacionava-se de maneira informal, surgiu a necessidade de se diferenciar o "concubinato puro" do "impuro", sendo o primeiro, a união entre pessoas livres para o casamento, ao passo que o segundo denominava as hipóteses em que os conviventes estavam impedidos de contraírem núpcias. Deste modo, evidente que a expressão "concubinato puro" acabou sendo substituída por aquela hoje chamada de união estável, descarregada de tom pejorativo, enquanto o "concubinato impuro" passou a ser simplesmente o concubinato propriamente dito. Por assim ser, é cabível a afirmação de que a expressão união estável, adotada pela Constituição Federal de 1988, substituiu a expressão concubinato.<sup>108</sup>

Impende diferenciar, de forma breve, eis que o estudo do concubinato propriamente dito ultrapassa os limites deste trabalho, as duas espécies de concubinato apresentadas por Belmiro Pedro WELTER, que trabalha acerca da

---

<sup>105</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 337.

<sup>106</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável*, p. 231.

<sup>107</sup> Neste sentido: BARBOSA MOREIRA. *O novo código civil e a união estável*, p. 51; e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável*, p. 230-231.

<sup>108</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 02.

diferenciação entre o "relacionamento entre amantes" e a "união entre os impedidos de casar".

Na primeira hipótese, a do concubinato entre amantes, não há o desejo de os concubinos se unirem como marido e mulher, inexistindo, pois, o reflexo do casamento.<sup>109</sup> Nestes casos, não há o ânimo de constituição de família, mas apenas encontros com o intuito estritamente sexual. De qualquer forma, em razão de os concubinos poderem amealhar patrimônio comum - o qual não se confunde com os bens adquiridos na sociedade conjugal -, há a possibilidade de partilha destes bens, evitando-se assim, o enriquecimento ilícito de apenas uma das partes.

Nestas linhas, evidente que o concubinato seria destinatário de proteção apenas no âmbito do direito das obrigações.

A segunda forma de concubinato apresentada pelo autor seria aquela existente entre as pessoas que estão impedidas de casar, ou seja, que não podem se casar em razão da vedação do artigo 1723, § 1º, do Código Civil vigente. Tais impedimentos podem ser classificados em três espécies: a) união entre pessoas com impedimento matrimonial, como entre pais e filhos, entre adotante e adotada, entre irmão, etc.; b) união entre pessoas que caracterize a bigamia, isto é, em razão de um ou dos dois concubinos serem casados, excetuando-se as hipóteses de separação de fato, consoante elucidou-se em momento anterior; c) união entre o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou por tentativa de homicídio contra o seu consorte.<sup>110</sup>

De qualquer maneira, a distinção entre a união estável e o concubinato, após o advento do Código Civil de 2002 - o qual deve ser interpretado à luz da Constituição da República de 1988 - que elevou o instituto da união estável ao patamar de entidade familiar, se faz necessária em razão, principalmente, de apresentarem conseqüências jurídicas diversas, eis que "no concubinato podem ocorrer os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato, sem que existam outros direitos dedicados exclusivamente à união estável, tratada muito proximamente como se matrimônio fosse."<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> Destaque-se que tal afirmação deve ser tida com ressalvas, eis que não se pode generalizar que todas as pessoas que se unam de forma sigilosa, isto é, como amantes, não tenham o intuito de se casarem.

<sup>110</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*, p. 76-77.

<sup>111</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, v. 6., 3. ed., atual., São Paulo: Atlas, 2003, p. 452.

Desta forma, e já finalizando-se esta breve digressão acerca do concubinato, importante destacar que o legislador, ao prever o concubinato em artigo exclusivo e separado - artigo 1727 do Código Civil -, caracterizando-o como as relações não eventuais entre homens e mulheres impedidos de se casarem, deixou evidente a distinção existente entre ele e o instituto da união estável, conferindo a este segundo, a proteção do Estado oriunda de previsão constitucional, consoante análise ao artigo 226, § 3º, da Carta Magna e assim, garantindo tão-somente à união estável os efeitos semelhantes ao do matrimônio.

### **SEÇÃO III - União Estável.**

Da análise ao artigo 226, *caput*, da Constituição Federal, verifica-se que a nossa Carta Magna contemplou a família como base da sociedade, conferindo proteção especial do Estado, o que deixa evidente o fato de não ter o constituinte concebido o instituto da família dentro de limites estreitos, não havendo fixado conceito unívoco, abrindo-se espaço para pensá-lo de modo plural, admitindo-se mais de uma forma capaz de constituí-lo, consoante se verifica dos §§ 3º e 4º. A família - que tem suas bases fincadas no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) - passa a ser entendida como comunidade da qual o homem faz parte e que merece proteção se, e apenas na medida em que, promove o desenvolvimento de seus entes,<sup>112</sup> ou seja, a família deixou de merecer tutela jurídica simplesmente por existir, passando a ser protegida na medida que proporciona desenvolvimento da personalidade de seus membros e promove a dignidade de seus entes.

Dentre as maneiras possíveis e contempladas pelo constituinte como modo de constituição da família, encontra-se o instituto da união estável, o qual, assim chamado, recebeu previsão expressa no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, que dispôs:

Artigo 226 - (...) <sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na constituição: críticas à concepção hierarquizada. RAMOS, Carmem Lucia Silveira (org.) et. al. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 297.

<sup>113</sup> Vide nota 101, *supra*.

§ 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.

Desta forma, a união estável foi alçada ao posto de entidade familiar<sup>114</sup>, isto é, passou-se a considerá-la como um organismo social, cuja formação dá origem à família e recebe proteção especial do Estado, submetendo-se aos efeitos das regras do Direito de Família. Por assim ser, a proteção conferida às relações não matrimonializadas deixou de fazer parte do âmbito do Direito das Obrigações passando a ser contemplada pelo Direito de Família.

Sem embargo, a maneira escolhida pelo legislador para tratar do tema da união estável levou ao surgimento, na doutrina e na jurisprudência, de duas grandes correntes.<sup>115</sup> A primeira equiparou a união estável ao casamento, isto é, em razão de a Constituição Federal de 1988 ter contemplado modelos familiares não fundados no casamento, acreditou-se ser necessário igualar os direitos decorrentes da formação da união estável aos direitos oriundos da família fundada no casamento, bastando-se, para tanto, que se fizesse prova deste relacionamento para que se produzissem os efeitos previstos para as relações matrimoniais.

---

<sup>114</sup> Segundo Tânia da Silva PEREIRA, "as 'entidades familiares' identificadas no nosso sistema jurídico não foram suficientes para atender às necessidades de proteção. Outras formas de família hão de ser reconhecidas nessa mesma categoria constitucional, para obterem a proteção do Estado." Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, *Anais - IV Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*, p. 633-656, p. 649.

<sup>115</sup> Importante salientar que, havia quem pensasse que o fato de o final do § 3º do art. 226 da Constituição da República prever a facilitação da conversão da união estável em casamento, indicava um desejo do constituinte em apresentar o matrimônio como forma superior de se constituir família, ou seja, demonstrou a preferência da Carta Magna ao casamento. Nesse sentido, Carmem Lúcia Silveira RAMOS, afirmou: "a concessão, inserida no texto constitucional, com a pluralização das fontes de família no sistema jurídico positivado brasileiro, embora seu caráter de vitória sobre os princípios norteadores do direito racionalista liberal, também não deixou de conter uma forma de exclusão, na medida em que implicitamente hierarquizou as realidades familiares em razão de sua origem, ao manter como modelo básico a família matrimonializada, conforme se pode depreender, no que tange às situações designadas como uniões estáveis, na faculdade concedida para sua conversão em casamento." *Família sem casamento: da relação existencial de fato a realidade jurídica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 158. Em lado contrário, parte da doutrina acreditava que o dispositivo supra citado não implica em hierarquia das entidades familiares. Nesse sentido, Gustavo TEPEDINO aduziu: "Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classe, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às relações formais." *Temas de direito civil*, p. 358. Na mesma esteira, LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 12. jan./fev./mar. de 2002, p. 40-55.; e NEVARES, Ana Luiza Maia. *Entidades familiares na constituição: críticas à concepção hierarquizada*, p. 308-314.

Por assim ser, acreditava-se que após a Constituição de 1988, o que era anteriormente chamado de sociedade concubinária - produzindo efeitos patrimoniais baseados na idéia de sociedade de fato - passaria a ser conhecido como união estável, razão pela qual não mais haveria que se falar em concubinato e em sociedade de fato.

Em lado oposto, encontrava-se a segunda corrente, a qual concebia o casamento e a união estável como situações jurídicas distintas, cujos argumentos principais estavam no fato de se entender que a previsão do artigo 226 da Constituição Federal não criou direitos imediatamente exigíveis, mas apenas vinculou o legislador ordinário, já que tratou da união estável somente para efeitos da proteção do Estado. Neste sentido, asseverava que o Estado seria o responsável por fornecer proteção aos companheiros através de regulamentação futura, pelo que não se poderia negar tal tutela ao concubinato, por exemplo, sem que isso, no entanto, representasse uma equiparação com o casamento.

Um outro argumento desta segunda corrente era o fato de o constituinte ter atribuído ao legislador ordinário o dever de facilitar a conversão da união estável em casamento, o que, por si só, já indica que não se tratam de iguais entidades jurídicas, eis que não se pode igualar aquilo que já é igual.<sup>116</sup> Via de ilação, esta corrente acreditava que várias eram as diferenças entre o matrimônio e a união estável, o que se mostrava de demasiada importância diante das relações patrimoniais com terceiros, já que aquele concedia o status de casado aos que dele se valiam, condição esta que restava evidente e divulgada para toda a coletividade, ao passo que na hipótese da união estável, o fato de serem conviventes não gerava direitos e deveres imediatamente exigíveis, o que poderia acarretar certa insegurança diante das relações contratuais.

Aliás, com o advento do Código Civil de 2002 tornou-se impossível a conversão de todas as formas de união estável em casamento, já que de acordo com o § 1º do artigo 1723, "a união estável não se constituirá se ocorrem os

---

<sup>116</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 338-339. Em nota, o autor cita acórdão por maioria da 4ª CCív. do TJSP, na qual o Relator Des. Alves Braga aduziu: "Há erro de perspectiva na afirmação que a Constituição da República equiparou o concubinato à família. Não houve equiparação, já que não foi abolido o casamento como base legal da constituição da família (...). O texto constitucional não usou a expressão equiparar em seu art. 226. A família continua sendo a base da sociedade e, o casamento, a base da constituição da família. Apenas reconheceu 'para efeito de proteção do Estado' a 'união estável entre o homem e a mulher como entidade

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"<sup>117</sup>, ou seja, há a possibilidade de uma pessoa que esta separada de fato ou judicialmente constituir união estável, o que não se faz possível na hipótese de ela desejar se casar, já que pessoa separada de fato ou judicialmente não pode contrair nova núpcias, conforme proibição disposta no artigo 1521, VI, do diploma citado. Assim sendo, no caso de pessoa separada de fato, não há a possibilidade de aplicação do artigo 1726 do Código Civil.

Desta forma, acredita-se, pois, que o melhor entendimento se pauta no sentido de não se conferir os mesmos efeitos ao casamento e à união estável, consoante elucida Gustavo TEPEDINO:

A Constituição Federal, contudo, não pretendeu equiparar entidades heterogêneas, identificando a relação familiar de fato com o mais solene dos atos jurídicos. (...) (...) os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanções do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.<sup>118</sup>

Destarte, certo é que não se pode igualar o casamento - ato solene por natureza, eivado de certeza e segurança em razão de seu formalismo - à união estável, a qual se concretiza através da sucessão de diversos acontecimentos que, analisados com o passar do tempo e à medida em que os conviventes têm vida e objetivos comuns, são capazes de configurar uma relação de fato. Demais disso, por

---

familiar', programando a facilitação do casamento. Manteve, portanto, a distinção entre casamento e acasalamento." p. 339-340.

<sup>117</sup> Conforme, exemplificativamente: "APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA FORMAÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA RUPTURA DA RELAÇÃO MARITAL DO ALEGADO COMPANHEIRO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Este é mais um dos inúmeros casos em que cabe ao Poder Judiciário a difícil tarefa de colher, entre as circunstâncias fáticas, elementos aptos a revelar a real espécie de relacionamento que houve entre as partes. 2. São precisos os requisitos postos em lei para que se configure a formação de uma entidade familiar via união estável. Um deles, de caráter impeditivo, se refere à impossibilidade de vida more uxorio se um dos conviventes é casado, salvo se estava separado de fato ou judicialmente (art. 1.723 do CCB). E este óbice está presente no caso dos autos. E não só: são duvidosas também a publicidade, continuidade e durabilidade da relação, bem como o objetivo de constituir família." NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. (SEGREGO DE JUSTIÇA) (TJRS - Ap.Cív. n.º 70014164297, 7ª C.Cív., Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, J. em 05/04/2006).

<sup>118</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 341.

mais que se regulamente a união estável, buscando a mais das vezes, torná-la semelhante ao matrimônio, impingindo, inclusive, efeitos muito próximos ao do casamento, não há dúvidas de que os dois institutos serão sempre diferentes<sup>119</sup>, já que a união estável funda-se, basicamente, na liberdade dos companheiros em se relacionarem independentemente de atuação judiciária.

Com efeito, ultrapassado este ponto, passa-se a análise legislativa da união estável, deixando de realizá-la no âmbito das leis anteriores à Constituição da República de 1988, eis que as considerações pertinentes a esta fase já foram efetuadas na seção "Evolução da legislação pátria no que concerne à família e às uniões concubinárias: notas sobre a repersonalização e o afeto nas relações familiares" do capítulo anterior e intencionando-se perpassar, mediante breves comentários, a disciplina codificada da União Estável, inserta no novo Código Civil, que há de ser lido à luz da Constituição Federal.

No que concerne às Leis n.º 8.971/94 e n.º 9.278/96, a primeira questão a ser brevemente abordada se refere a vigência<sup>120</sup> da primeira após o advento da segunda, eis que nesta não houve manifestação do legislador acerca da ab-rogação da lei anterior.

Nada obstante, pelo fato da apreciação completa<sup>121</sup> das referidas leis ultrapassar os limites propostos ao presente trabalho, uma vez que se pretende

---

<sup>119</sup> Importante destacar o entendimento de Rodrigo da Cunha PEREIRA, ao se pronunciar no sentido de que os dois institutos estão cada vez mais próximos: "Por mais que a união estável seja o espaço do 'não instituído', à medida que é regulamentada, vai ganhando contornos de casamento. Com isso, aos poucos vai deixando de ser uma 'união livre', como, aliás, muitas vezes denominada, para ser uma 'união amarrada' às regras impostas pelo Estado. Este é um paradoxo com o qual teremos de aprender a conviver: ao mesmo tempo em que não queremos a intervenção do Estado em nossas relações mais íntimas, buscamos sua interferência para lhe dar legitimidade e proteger a parte economicamente mais fraca. Com isso, aqueles que não querem se adequar às formalidades e regras do casamento civil ficam sem alternativa, pois a regulamentação da união estável está cada vez mais próxima à de um casamento formal." Da união estável. DIAS, Maria Berenice (coord.) et. al. *Direito de família e novo código civil*, 2. ed. 2. tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 237. Saliente-se, por oportuno, a possibilidade de se atribuir sentidos distintos aos termos 'união estável' e 'união livre', conforme se depreende da diferenciação apresentada por Luiz Edson FACHIN, para quem a união estável compreende as "pessoas que não desejam adentrar no matrimônio do casamento civil", enquanto a união livre refere-se àqueles que, "querendo não podem fazê-lo". *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 66. Em sentido diverso, Arnaldo RIZZARDO confere alcance maior à expressão 'união livre', a qual compreenderia "todo relacionamento sexual e afetivo de pessoas, sem interessar se estão ou não impedidas de casar. Significa simplesmente o relacionamento extramatrimonial, sem importar quanto à existência de impedimentos para o casamento." *Direito de família*, p. 892.

<sup>120</sup> Destaque-se o § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Civil que assevera: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior."

<sup>121</sup> Sobre a análise individualizada das Leis n.º 8.971/94 e n.º 9.278/96, ver: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 326-369.

estudar os requisitos caracterizadores da união estável, cumpre apenas observar que da análise às Leis n.º 8.971/94 e n.º 9.278/96 verifica-se que o advento da segunda não levou a revogação daquela, já que nesta não se disciplinou os mesmos direitos regulados pela lei precedente, sendo, portanto, desprovida de força abrogativa. Neste sentido, Gustavo TEPEDINO aduziu que "a leitura geral dos dois textos revela a clara intenção do legislador de complementar a disciplina anterior, procurando sanar, aqui e ali, dúvidas e lacunas surgidas com a promulgação da lei precedente."<sup>122</sup> Demais disso, certo é que se houve revogação, esta foi parcial, ou seja, ateve-se apenas ao pontos em que há discrepância entre as duas leis, o que se constata, por exemplo, pelo fato de a primeira exigir convivência entre os companheiros por mais de cinco anos ou, a formação de prole comum, ao passo que a segunda não estipula prazo para que se possa configurar um relacionamento como união estável.<sup>123</sup> De qualquer sorte, há que se considerar que se faz possível o entendimento de as previsões do quinquênio ou da prole não serem capazes de excluir outras hipóteses em que se comprovasse a existência de relacionamento estável diante da ausência de prole ou da convivência por cinco anos, mesmo porque a simples existência de filhos comuns não era suficiente para garantir a assistência alimentar.

Com efeito, a fim de se demonstrar algumas diferenças entre as leis supra citadas, passa-se a sucinta análise do artigo 1º de ambas as legislações.

Em seu artigo 1º, a Lei n.º 8.971/94, que foi o primeiro diploma legal a fornecer elementos para se configurar uma união de fato, previu:

Art. 1º - A companheira comprovada de um homem solteiro judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n.º 5.468/68, enquanto não constituir nova união desde que prove a necessidade.

Assim sendo, estabeleceu alguns requisitos que deveriam estar presentes nas uniões entre homens e mulheres, para que surgisse o direito a alimentos. Tais

---

<sup>122</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 362.

<sup>123</sup> Nestas linhas, Rodrigo da Cunha PEREIRA aduziu que a lei de 1996 estabeleceu a inexistência de um prazo rígido para que se caracterizasse a união estável, razão pela qual restou revogado o prazo de cinco anos estabelecido na legislação anterior. *Concubinato e união estável*, 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 33. Saliente-se, outrossim, o entendimento de Álvaro Villaça AZEVEDO, para quem inexistiu revogação total, mas simplesmente revogação parcial, vez que a lei de 1996 apenas diverge da de 1994 quanto aos alimentos. *Estatuto da família de fato*, p. 368-369.

requisitos podem ser separados em: comprovação da condição de companheiros dos conviventes; estado de solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo e, por fim, convivência há mais de cinco anos ou surgimento de prole, o que tornou inadmissível a obrigação alimentar por concubino que se encontrasse no estado civil de casado. De qualquer sorte, certo é que a quadripartição proposta, ou seja, a possibilidade de alcance da lei apenas aos casos de 'homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo', deixou claro o intuito de se possibilitar a conversão da união estável em casamento, pois, caso não fosse esse o desejo do legislador ordinário, evidente que teria se valido apenas da expressão 'companheira comprovada de um homem'.<sup>124</sup>

De forma mais abrangente apresentou-se o conceito de união estável disposto na Lei n.º 9.278/96, indicando, talvez, o intuito do legislador em complementar o estabelecido na norma antecedente. Por assim ser, resta evidente que com o advento da Lei de 1996 e, posteriormente, do Código Civil de 2002, não mais se desejou a existência de um estatuto de proteção apenas patrimonial, conforme se verificou da edição da Lei n.º 8.971/94 - que regulamentou somente o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão -, mas buscou-se proteger as relações humanas, eivadas de amor e afeto, cabendo ao legislador a formulação de um estatuto de proteção pessoal, em que a família passou a ser entendida como um núcleo formador da pessoa e elemento fundante do próprio sujeito. Aliás, a disciplina da família na Constituição, que se apresentou com uma amplitude nunca antes reconhecida pela lei e, a aceitação, pelo constituinte, da união estável como forma de se constituir família, demonstraram a abertura do ordenamento pátrio para uma nova era de direitos da personalidade, reafirmando a dignidade da pessoa humana como objetivo da República (art. 1º, III, CF), passando, o ser humano, a tornar-se a razão de ser do direito. Demais disso, o artigo 1º da Lei n.º 9.278/96 assim dispôs:

Art. 1º - É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Deste modo, a lei de 1996 deixou de exigir um tempo mínimo para que se caracterizasse a união estável, cabendo aos conviventes comprovarem a existência

---

<sup>124</sup> FACHIN, Edson Luiz. *Elementos críticos do direito de família*: curso de direito civil, p. 69.

de publicidade e de uma convivência duradoura e ininterrupta, ou seja, o tempo da relação passou a interessar apenas para a caracterização da estabilidade do relacionamento, a qual não é ligada a um tempo exato capaz de defini-la. Com efeito, lançou mão, o legislador, de conceitos jurídicos indeterminados, como adiante se demonstrará.

Com relação à quadripartição da lei anterior - 'homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo' -, impende ressaltar que tal não mais se fez presente na legislação de 1996, deixando a possibilidade de se compreender que até mesmo pessoas casadas estariam protegidas, numa possível referência às famílias simultâneas. Todavia, no momento em que a legislação se vale de conceitos como entidade familiar e união estável, refere-se ao conceito de família, o qual só existe, em nosso ordenamento, constituída a partir da monogamia.<sup>125</sup> Desta forma, restam afastadas as uniões adulterinas e incestuosas, as quais não são consideradas legítimas pelo Estado. "Para manter a coerência e a ordem jurídica, os sujeitos da união estável devem ser desimpedidos e se estabelecer monogamicamente. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a poligamia em nosso ordenamento jurídico."<sup>126</sup>

Assim sendo, verifica-se que a Lei n.º 9.278/96, a qual se propôs a regulamentar o § 3º do artigo 226 da Constituição da República, embora apresente disposição mais ampla, também procurou regular a união estável de forma a garantir

---

<sup>125</sup> Embora tal escape aos limites do presente trabalho, não é despropositado indicar aqui a possibilidade de discussão do próprio *princípio monogâmico* no âmbito do atual direito de família. É nesse espaço que se insere a temática da simultaneidade familiar. Ver, por todos, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski: "A monogamia endógena emerge sob as vestes da contemporaneidade, na conformação das famílias brasileiras atuais como fator que pode propiciar a observação de uma certa forma de simultaneidade, fundada em múltipla conjugalidade em núcleos familiares diversos". *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 106. Nesse contexto, cumpre trazer à cola decisão judicial contemplando a simultaneidade familiar ao afirmar possibilidade de reconhecimento de duas Uniões Estáveis, uma paralela a outra: "APELAÇÃO CÍVEL. 1)UNIÃO ESTÁVEL PARALELA A OUTRA UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. O anterior reconhecimento judicial de união estável entre o falecido e outra companheira, não impede o reconhecimento da união estável entre ele e autora, paralela àquela, porque o Direito de Família moderno não pode negar a existência de uma relação de afeto que também se revestiu do mesmo caráter de entidade familiar. Preenchidos os requisitos elencados no art. 1.723 do CC, procede a ação, deferindo-se à autora o direito de perceber 50% dos valores recebido a título de pensão por morte pela outra companheira. 2)RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. Descabe a cumulação de ação declaratória com ação indenizatória, mormente considerando-se que o alegado conluio, lesão e má-fé dos réus na outra ação de união estável já julgada deve ser deduzido em sede própria." (SEGredo DE JUSTIÇA) Apelação parcialmente provida. (TJRS – Ap.Cív. n.º 70012696068, 8ª C.Cív., Rel.: José Ataídes Siqueira Trindade, julgado em 06/10/2005).

e facilitar a sua conversão em casamento.<sup>127</sup> Neste sentido, Luiz Edson FACHIN aduziu:

A Lei n. 9.278/96, (...) constitui a véspera matrimonial, um estágio preparatório do casamento. Tanto assim que antecipou, já nessa fase, deveres para os conviventes, em seu art. 2º: respeito e consideração mútuos; assistência moral e material recíproca; e guarda, sustento e educação dos filhos comuns. Deixou, apenas, de fazer referência expressa à fidelidade e à vida em comum sob o mesmo teto, elencados como deveres no casamento pelo Código Civil [de 1916] (artigo 231), embora a noção de fidelidade possa ser encontrada no âmbito do respeito e da consideração mútua.<sup>128</sup>

Todavia, importante não olvidar que a conversão da união estável em casamento não se faz possível na hipótese de um dos companheiros estar ainda formalmente casado, mesmo que separado de fato ou judicialmente, isto é, a separação de fato ou judicial não impede o reconhecimento da união estável, mas não permite sua conversão em casamento.

Aliás, as uniões estáveis formadas por pessoas que se encontram separadas de fato ou judicialmente geram efeitos tanto no que atine aos alimentos como à sucessão. Demais disso, nada obstante tais separações não se encontrem legalizadas, as uniões posteriores não impedem os efeitos que dela decorrem, o que não se verifica na hipótese de o relacionamento ser mantido concomitantemente ao casamento, ou seja, no caso de concubinato (impuro). Permitem, ainda, o pedido de alimentos, bem como autorizam a divisão dos bens amealhados durante a união, razão pela qual a única diferença daquela união formada por pessoas solteiras,

---

<sup>126</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 112.

<sup>127</sup> Destaque-se o fato de a Lei n.º 9.278/96 e o Código Civil de 2002 não regulamentarem de que forma deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento, ou seja, deixou, o legislador, de estabelecer critérios, requisitos, formalidades e efeitos desse pedido, razão pela qual tal norma pode ser considerada inócua. Nesse sentido: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 309. Saliente-se, outrossim, o entendimento de Marco Túlio Murano GARCIA, para quem "o sentido que o NCCB quis dar à conversão, mormente ao condicionar o seu aperfeiçoamento à chancela jurisdicional, o que a Lei n.º 9.278/96 não fazia, foi de que, por força da conversão, o casamento englobasse o tempo já vivido em união estável, potraindo os seus efeitos no tempo. Porque do contrário seria mais simples que os conviventes simplesmente se casassem ao invés de converter a união estável em casamento. Com a conversão, seria como se o casamento tivesse ocorrido quando surgiu a união estável. Daí que no tal pedido judicial os conviventes teriam que demonstrar a união e o seu termo inicial, requerendo, então, que a união comprovada fosse convertida em casamento. De outro modo a norma fica sem sentido. E as normas, por princípio de hermenêutica, não devem conter disposições inúteis." União estável e concubinato no novo código civil, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr./jun. de 1999, p. 32-44, p. 39.

<sup>128</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*, p. 77.

divorciadas ou viúvas está no fato de não possibilitarem sua conversão em casamento, enquanto não dissolvido o vínculo existente.<sup>129</sup>

Nesta mesma esteira manifestou-se o Código Civil de 2002, o qual dispôs, no § 1º do artigo 1723 que "a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1521<sup>130</sup>; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente." Garantiu, portanto, que pessoas que ainda mantivessem vínculo formal de casamento, mas que já estivessem separadas de fato ou judicialmente, pudessem constituir união estável, assegurando aos companheiros os direitos dela decorrentes.

As causas suspensivas da celebração do casamento não são capazes de impedir o reconhecimento da união estável, consoante se verifica do § 2º do mesmo artigo 1723, que dispõe: "As causas suspensivas do art. 1523 não impedirão a caracterização da união estável." Desta forma, não estão impedidos de constituírem união estável o viúvo ou a viúva que tiver filho enquanto não se fizer o inventário dos bens do casal e se der partilha aos herdeiros; a viúva, ou a mulher, cujo casamento se desfez por nulidade ou anulabilidade, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; o divorciado, enquanto não homologada ou decidida a partilha de bens; o tutor ou o curador, bem como seus parentes com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar tal vinculação e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Quanto aos direitos e deveres dos companheiros, o Código Civil vigente optou por estabelecer, em seu artigo 1724, obediência aos "deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos" para as relações entre companheiros, o que se aproximou bastante daquela previsão expressa no artigo 2º da Lei n.º 9.278/96, que assim dispôs:

Art. 2º - São direitos e deveres iguais dos conviventes:

---

<sup>129</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, p. 890.

<sup>130</sup> Art. 1521 - "Não podem se casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte." (*grifou-se*).

- I - respeito e consideração mútuos;
- II - assistência moral e material recíproca;
- III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Por assim ser, esta intenção do legislador em estabelecer padrões de conduta dentro das relações extramatrimoniais foi entendida por Rodrigo da Cunha PEREIRA como uma infeliz tentativa de se equiparar as uniões estáveis ao casamento, eis que "tenta estabelecer regras para tais relações como se fossem um casamento, ou seja, tenta impor regras do casamento para quem não o escolheu, ou exatamente quis fugir dele."<sup>131</sup> Saliente-se, por oportuno, que a união estável não compete com o casamento e nem sempre é fruto de uma opção livre dos companheiros, já que pode ser reflexo do fato de os conviventes serem desprovidos financeiramente. Tal situação ocorre em razão de os casamentos civis - nada obstante tenham sua gratuidade prevista constitucionalmente e disposta no Código Civil vigente -, na prática, além de continuarem onerando os contraentes pela necessidade da publicação de editais, ainda submetem as pessoas que não possuem condições econômicas para arcarem com o matrimônio formal à necessidade de emitirem uma declaração de pobreza, situação vista como humilhante e discriminatória.<sup>132</sup>

De qualquer sorte, verifica-se que o legislador deixou de prever, para as uniões estáveis, o dever de fidelidade, o qual foi tratado como obrigação de ambos os cônjuges, recebendo previsão expressa no Código Civil.<sup>133</sup> Nada obstante, há que se compreender que a fidelidade também se trata de dever a ser respeitado pelos companheiros, eis que estaria implícita ao dever de ser leal. Para Rodrigo da Cunha PEREIRA, "a razão de se adotar lealdade, ao invés de fidelidade, é o intuito do legislador de acatar uma postura mais ampla e aberta, posto que não se restringe

---

<sup>131</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 112.

<sup>132</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 255-278, p. 266.

<sup>133</sup> Art. 1566 - São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

à questão sexual, mas abrange a exigência de honestidade mútua dos companheiros."<sup>134</sup>

No que tange às relações patrimoniais, evidente que uma vez configurada a união estável, dela decorrem direitos e deveres com efeitos pessoais - aqueles relativos à vida íntima e pessoal do casal - e patrimoniais.

Na vigência do diploma de 1996, os bens móveis ou imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância do relacionamento e a título oneroso eram considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito, consoante se verifica da análise ao artigo 5º, cuja norma foi recepcionada pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 1725, o qual atribui aos companheiros a possibilidade de contratarem acerca de seu regime patrimonial e, na ausência desse negócio, indica que aplicar-se-á, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1725 - Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Deste modo, certo é que foram estendidos, aos companheiros, os efeitos do casamento civil celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens, deixando de existir a presunção relativa do esforço de ambos na formação do patrimônio na constância da entidade familiar. Agora, pela expressão da norma supramencionada, há presunção absoluta de que os bens foram adquiridos na união estável de forma conjunta pelos conviventes, não mais importando se um, ou os dois, exerciam atividade lucrativa.

No que atine ao direito à conversão da união estável em casamento, ao qual já houve menção anteriormente, o artigo 1726 do Código de 2002 pouco inovou em relação à Lei n.º 9.278/96, eis que manteve o sistema de pedido conjunto pelos companheiros, incluindo, como alteração, a obrigatoriedade de pedido judicial de conversão.

---

<sup>134</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo código civil*, volume XX: da união estável, da tutela e da curatela, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 102.

Art. 8º da Lei n.º 9.278/96 - Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 1726 do CC - A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Quanto ao pouco uso deste dispositivo, há que se elucidar, novamente, uma vez que já foi objeto de análise neste trabalho, que tal fato ocorre em razão de o legislador não ter explicitado o conteúdo deste pedido, ou seja, ter deixado de prever os critérios a serem adotados, bem como os pressupostos, a forma e o conteúdo do pedido.

Com relação ao artigo 1727<sup>135</sup>, o último do título reservado à união estável pelo Código Civil em vigor, demonstra o claro intuito do legislador em diferenciar a união estável do concubinato, deixando para este, as relações adúlteras, incestuosas, passageiras e reprováveis moralmente, consoante se asseverou na seção anterior, denominada "Concubinato".

Finda esta seção, em que se pretendeu tratar da união estável após o advento da Constituição Federal de 1988 - a qual realizou verdadeira alteração no âmbito das relações familiares ao assegurar o reconhecimento do Estado a outras formas de constituição de família além do casamento -, sem, contudo, ter-se analisado todos os temas a ela imbricados, como por exemplo, a sucessão entre os companheiros, por ultrapassar o limite proposto a este trabalho, passa-se ao estudo dos requisitos capazes de configurar um relacionamento como união estável, acerca dos quais pretende-se demonstrar, ao final, tratarem-se de conceitos jurídicos indeterminados.

### **CAPÍTULO III - A UNIÃO ESTÁVEL E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.**

#### **SEÇÃO I - Elementos caracterizadores da União Estável.**

---

<sup>135</sup> Art. 1727 - As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

O direito de família encontra-se em processo de desenvolvimento e reconstrução propiciados pelos ideais de despatrimonialização e repersonalização embalados pela Constituição Federal de 1988, a qual compreendeu a família de modo plural, conforme esclareceu-se anteriormente. Assim sendo, à luz da Constituição da República, o Código Civil de 2002, ao adotar parte dos preceitos contidos nas Leis n.º 8.971/94 e 9.278/96, que foram revogadas apenas na parte contrária aos dispositivos daquele diploma<sup>136</sup>, inovou em relação ao Código de 1916, buscando responder aos anseios da sociedade que não mais se apresenta nos mesmos moldes daquela do início do século XX.

Deste modo, na esteira da tentativa de se reinterpretar o sistema constitucional a partir e, em favor da pessoa humana, o conceito de união estável adotado pelo Código Civil vigente seguiu as bases propostas pela Lei n.º 9.278/96, apresentando-se de forma mais aberta do que aquele presente na Lei n.º 8.971/94, eis que não demarcou um tempo rígido e exato para sua configuração, o que permite que se atente mais para o efetivo comportamento dos conviventes do que para aspectos temporais, afastando-se as “matematizações”.

Aliás, o Código de 2002 recepcionou o conceito de união estável atribuído pela Lei n.º 9.278/96, definindo-a de forma bastante semelhante:<sup>137</sup>

Art. 1º da Lei 9.278/96 – É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Art. 1723 do Código Civil – 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.

---

<sup>136</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil da família anotado: legislação correlata em vigor*, 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 202-203. Em sentido contrário, Helder Martinez DAL COL, ao asseverar que "com o advento do novo Código Civil, vigente desde 11.01.2003, restaram totalmente revogadas as Leis 8.971/94 e 9.278/96, haja vista que aquele disciplinou a integralidade das matérias nelas previstas." A união estável perante o novo código civil, *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 818, dezembro de 2003, p. 11-35, p. 33.

<sup>137</sup> Segundo Conceição A. MOUSNIER, "o artigo 1723 reconhece como entidade familiar a *união estável*, ao passo que a Lei n.º 9.278/96, reconhecia como entidade familiar a *convivência*. Essa alteração tem aspectos significativos, representando o avanço em termos de qualidade legislativa e na compreensão do que é a união estável.

O fato jurígeno reconhecido como capaz de constituir família, é a união estável, entre o homem e a mulher. A configuração da união estável, aí sim, é a convivência, acompanhada dos seus requisitos essenciais de publicidade, continuidade e durabilidade, com o objetivo de constituição de família.

O novo texto legal guarda total fidelidade com o artigo 226, § 3º da Constituição Federal, sendo vontade do legislador constituinte, reconhecer como outra forma de constituição de família, a união estável." A nova família à luz da constituição federal, da legislação e do novo código civil, *Revista da EMERJ*. v. 1, n. 1, Rio de Janeiro: EMERJ, 1998, p. 244-264, p. 246-247.

Assim sendo, dos enunciados acima transcritos constata-se que os requisitos para a configuração e reconhecimento do relacionamento estável são: a união entre homem e mulher com a finalidade de constituição de família; a estabilidade da convivência (convivência duradoura); a durabilidade (ou continuidade); a notoriedade, ou seja, serem considerados como se casados fossem diante da sociedade e a ausência de formalismo, cabendo ao julgador, quando da análise ao caso concreto, averiguar sobre a existência das características exigidas pela lei, eis que o legislador ordinário valeu-se de conceitos jurídicos indeterminados para regulamentar o instituto da união estável, conforme se demonstrará na seção subsequente.

De qualquer sorte, antes de se adentrar à análise preliminar dos requisitos constantes do artigo 1723, *caput*, do Código Civil, impende esclarecer que não é toda e qualquer união entre homens e mulheres que pode ser reconhecida como entidade familiar, já que se excluem do conceito as uniões adulterinas e aquelas que envolvem pessoas proibidas de casarem entre si, consoante se depreende do § 1º do artigo supra citado.<sup>138</sup>

No que atine aos requisitos acima descritos, vale transcrever a interessante análise de Arnaldo RIZZARDO, para quem tais desdobram-se em nuances ou várias outras exigências, quais sejam:

- a) A *affectio societatis* familiar, ou o ânimo, a intenção de formar uma sociedade familiar, granjeando os esforços, os trabalhos e bens para a entidade familiar.
- b) A posse de estado de casado, consistente em passar alguém na condição de uma união tal como se fosse casado.
- c) A notoriedade do relacionamento e honrabilidade da conduta. (...).
- d) Conduta apropriada dos conviventes. Não se trata, aqui, da conduta moral, mas das atitudes ou do relacionamento íntimo ou pessoal dos companheiros. Exige-se uma vida em comum semelhante à normal de pessoas casadas, que vivem relativamente bem, dentro de certo entendimento e compreensão mútuas.
- e) Dever de fidelidade. A fidelidade dá ensejo à presunção da sociedade de fato. Não que se configure como condição indispensável, pois nada impede que duas pessoas constituam um patrimônio comum, sem que mantenham a fidelidade. (...).
- f) Habitação comum. A mesma residência, ou moradia comum, indubitavelmente, é vital para a configuração da união estável. Se cada parceiro permanecer em lar distinto, o que se apresenta é a mancebia, ou um relacionamento de amantes. Dificilmente haverá base para o surgimento de um patrimônio entre os dois, se

---

<sup>138</sup> Consoante elucidou-se em momento anterior, o legislador de 2002 reconheceu a possibilidade de a pessoa que se achar "separada de fato" constituir união estável, concedendo a ela os efeitos jurídicos de tal união. Já quanto às causas suspensivas do artigo 1523 do Código Civil, não se pode afastar a caracterização da união estável, conforme expressamente autoriza o § 2º do artigo 1723 do mesmo diploma.

bem que os termos da Súmula n.º 382 do STF sugerem a possibilidade: 'A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato'.<sup>139</sup>

- g) Convivência *more uxorio*. Ou seja, é a manifestação da convivência dos companheiros na aparência de marido e esposa. O tratamento revela uma reciprocidade de afeição e respeito. Há uma maneira de vida própria de pessoas casadas. As referências que um faz do outro expressam as situações entre os cônjuges. Os costumes e as atividades exercidas se direcionam ao atendimento dos interesses da família.
- h) Comunidade de leito. A expressão equivale às relações sexuais, que são o motivo principal da união. Envolve a habitação comum, ou a convivência, (...).
- i) Continuidade da união. É evidente que uma união temporária, casual ou passageira não resulta efeito jurídico nenhum. A continuidade perdurará por um espaço de tempo suficiente para tornar-se consolidada a união, o que se firma caso se mantenha por alguns anos.
- j) Dependência efetiva de um companheiro ou convivente em relação ao outro. Para caracterizar a atuação na formação do capital, naturalmente cumpre se apresente a união de modo que um concubino tenha sido dependente, em algum aspecto, do outro. É o que sucede quando o companheiro recebeu a assistência da mulher na atividade profissional, ou a participação econômica na formação do patrimônio, ou o seu desempenho nas atividades domésticas. Em todos os setores, os bens foram constituídos quando da atuação do outro concubino, que bem desenvolveu suas obrigações, permitindo facilidade e ampla liberdade de ação daquele patrimônio que foi conseguindo, de modo a aumentar a fortuna. É inquestionável o direito ao recebimento de parte das riquezas acumuladas.
- k) Continuidade e período de duração. Impõe-se uma certa durabilidade da relação. Embora não se encontre estabelecido um padrão de tempo exato, um certo período de duração mínimo se requer. De acordo com o observado antes, não mais persiste um lapso de tempo mínimo. Entrementes, não há de se convalidar

---

<sup>139</sup> Faz-se curial destacar o entendimento do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, do TJRS, ao manifestar-se contra o seguinte parecer ministerial: "A Súmula 382 do Superior Tribunal de Justiça já dispunha que 'a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato', e o novo Código Civil nenhuma menção faz a esse aspecto. E muito bem andou o legislador, porquanto é possível a união sólida, duradoura e pública sem que o casal resida sob o mesmo teto, tanto que muitos casamentos perduram com a separação material do casal, seja por motivo de trabalho, saúde, estudos ou família anteriormente constituída". Assim sendo, aduziu o Desembargador Luiz Felipe B. Santos: "Acompanho, mas não posso deixar passar *in albis* uma observação que consta do parecer ministerial, onde está invocada a Súmula nº 382 do STJ, para dizer que na união estável não é exigível a vida em comum sob o mesmo teto *more uxorio*."

Tenho dito que a Súmula nº 382 do STJ não guarda nenhuma relação com união estável. A Súmula nº 382 do STJ dizia respeito ao art. 363 do velho Código Civil, que tratava do concubinato como causa de pedir da investigatória. Tanto é assim que a Súmula nº 382 dispensa, para configuração daquele concubinato, a vida em comum *more uxorio*, e o *more uxorio* é justamente o que é absolutamente indispensável à configuração da união estável. Isso é a maior evidência da inexistência de relação entre a Súmula e o instituto da união estável, que por sinal veio a surgir 25 anos depois de ter sido aprovada a Súmula, que é de 1963.

De forma que a Súmula não diz respeito à união estável. *More uxorio* é justamente o quê? A posse do estado de casado, que a Súmula dispensa para aquele concubinato apto a gerar causa de pedir da investigatória, tão-só e apenas. Mas o *more uxorio* é justamente a essência da união estável.

Por isso, apenas para ressaltar a observação feita com relação à Súmula nº 382. É que eu a vejo feita, reiteradas vezes, não só em manifestações nos autos, de parte de diferentes operadores do Direito, mas lamentavelmente também em muitas obras jurídicas de respeitáveis doutrinadores. (TJRS, Apelação Cível n.º 70008253486, 7ª C.Cív., Rel.: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 19/05/2004). Nas mesmas linhas, Gustavo TEPEDINO, ao afirmar que "a Súmula n.º 382 do STF, que fixou o entendimento pelo qual 'a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato', foi formulada em outro contexto histórico, visando garantir direitos patrimoniais inerentes à sociedade de fato. Nada impede, com efeito, a existência de uma sociedade de fato estabelecida entre concubinos que não morem juntos, a gerar efeitos patrimoniais indiscutíveis, a prescindir da configuração de uma verdadeira família." *Temas de direito civil*, p. 364.

efêmeras uniões, ou curtos espaços de tempo de convivência dos quais se extraíam direitos no âmbito alimentício e sucessório. (...).

Nessas linhas, a interpretação levada a cabo por Arnaldo RIZZARDO, acima transcrita, é apenas uma forma possível e não uma determinação necessária emanada dos dispositivos normativos que regulam a matéria. Assim, por exemplo, é mesmo questionável se a exigibilidade de “convivência pública, contínua e duradoura” implica imposição de habitação comum, tal qual se depreende da letra “f”, acima. Com efeito, o recurso do legislador a conceitos jurídicos indeterminados confere à União Estável a feição de um “*sendo*” e não de um “*ser*”, isto é, de um instituto que será constantemente construído e reconstruído pela *práxis jurídica*.<sup>140</sup>

Via de ilação, evidente que não é tarefa fácil chegar-se a uma definição do que se pode compreender como união estável. Todavia, há que se ter em mente que o delineamento do conceito de união estável deve ser feito buscando-se encontrar os elementos caracterizadores de um núcleo familiar, isto é, é preciso restar evidente o fato de ter surgido uma entidade familiar daquela relação. Para tanto, necessário que se vislumbre a presença dos requisitos acima dispostos, sem que, contudo, a falta de um desses elementos signifique a descaracterização da união estável<sup>141</sup>, eis que é da soma de determinados elementos que se faz possível a objetivação e formação do conceito de família, formação esta, essencial para que se possa configurar um relacionamento como união estável. Ademais, “os elementos intrínsecos e extrínsecos, objetivos e subjetivos, em cada caso concreto, são os que nos ajudarão a responder se ali está caracterizada, ou não, uma união estável,”<sup>142</sup> o que possibilita dizer que o julgador valer-se-á de uma valoração pessoal a fim de preencher os espaços vazios deixados pelo legislador quando optou por fazer uso dos conceitos indeterminados, buscando, por vezes, o recurso a elementos que estão fora do ordenamento jurídico, permitindo, assim, a adequação do direito às

---

<sup>140</sup> Por óbvio, tal não impossibilita a tomada de posição, no sentido de buscar a sedimentação de uma outra interpretação para aqueles conceitos indeterminados, e é até mesmo salutar e necessário o esforço da literatura jurídica no sentido de aclarar aqueles requisitos. Entretanto, particularmente, entende-se aqui que a utilização de conceitos indeterminados na disciplina jurídica da União Estável representa justamente uma concessão do sistema à concretude das situações da vida, de modo que não se afigura desejável a fixação de leituras rígidas.

<sup>141</sup> Apesar de haver quem diga não se fazer essencial, em um mesmo caso, a presença de todos os elementos necessários à caracterização da união estável, já que o conjunto dos requisitos existentes pode ser suficiente para a configuração do instituto, mister esclarecer que se deve tratar com muita cautela as situações em que há a ausência de algum elemento caracterizador da união estável, a fim de se evitar a banalização do instituto.

<sup>142</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável*, p. 227.

vicissitudes da vida, bem como a quaisquer necessidades e alterações das relações em sociedade.

Nessa esteira, o que parece ser possível de se afirmar de plano é apenas o fato de que está ínsito na idéia de constituição de família o desejo dos companheiros em compartilharem a mesma vida, dividindo suas tristezas e alegrias, os fracassos e os sucessos, a pobreza e a riqueza, enfim, o anseio de formarem um novo organismo, alheio às formalidades, mas igualmente pautado pelo amor, afeto e respeito mútuos.

Neste contexto, passa-se à análise individualizada dos requisitos caracterizadores da união estável, objetivo deste trabalho, pretendendo-se demonstrar que se tratam de verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados, cabendo à jurisprudência a responsabilidade de preencher e consolidar seus critérios e conceitos.

## **SEÇÃO II - Os requisitos da união estável como conceitos jurídicos indeterminados.**

É cediço que a família deixou de ser entendida apenas como um núcleo econômico e de reprodução, passando a ter suas estruturas fundadas no amor, no afeto, no companheirismo, enfim, nos sentimentos mais puros capazes de unir os seres humanos.

A partir desta mudança, alterou-se também, o conceito de família, bem como a organização jurídica que dela trata.

Especificamente no direito pátrio pós Constituição Federal de 1988, a família passou a ser contemplada em sua pluralidade, ou seja, não mais existe apenas uma maneira de se compreender um núcleo familiar, mas diversas são suas formas, com diferenças e peculiaridades que não fazem nenhum tipo de família ser melhor ou pior do que outro, mas simplesmente diversos.

Nesse contexto, um dos novos modelos de família contemplados pela Constituição da República refere-se à união estável, a qual apresenta-se de formas variadas e com peculiaridades que somente da análise ao caso concreto poderão ser verificadas. Nestas linhas, Rodrigo da Cunha PEREIRA aduziu que "são várias as possibilidades dos arranjos familiares, ou seja, não há um elemento único

definidor ou descaracterizador da união estável. O fundamental é verificar se há ali a presença de um núcleo familiar e isto, muitas vezes, só tem sido possível na avaliação de cada caso.”<sup>143</sup>

Tal peculiaridade pautada na importância do trabalho do magistrado já havia sido verificada antes mesmo do advento da Lei n.º 9.278/96, consoante se depreende das palavras de João Batista Arruda GIORDANO:

Placitada a questão da relevância do papel destinado à jurisprudência como fonte do Direito, especialmente a jurisprudência como elemento explicitador dos conceitos que repousam no interior das normas legais, pode-se agora, sem refulhos, afirmar que aos Juízes, caso a caso, não aos legisladores, caberá o mister de esclarecer o que é e o que não é união estável, onde a união estável se acha e onde ela não se acha. Nessa tarefa, naturalmente, os Tribunais deverão de usar os subsídios fornecidos pela melhor doutrina e pela legislação dos povos mais adiantados, além daquela contribuição pessoal dos próprios Juízes.<sup>144</sup>

Nada obstante, embora a lei de 1996 e, posteriormente o Código Civil de 2002 tenham apresentado um conceito para a união estável, a atividade do intérprete-aplicador continua tendo valiosa importância, sobretudo à medida que este conceito codificado de União Estável se perfaz mediante conceitos jurídicos indeterminados, o que confere ao instituto um caráter aberto, cujo conteúdo haverá mesmo de ser construído em cada caso, sem, contudo, abandonar-se o “quadro e a medida” de certo modo estabelecidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. É essa estrutura de conceitos jurídicos indeterminados dos requisitos da União Estável que se pretende demonstrar na seqüência.

Com efeito, o primeiro requisito apontado pelo artigo 1723 refere-se à dualidade de sexos, ou seja, somente se reconhece como união estável aquele relacionamento formado por um homem e uma mulher. Quanto a este elemento, evidentemente objetivo, não há considerações a serem feitas, muito embora fosse possível se argumentar acerca das relações homoafetivas, no sentido de que a não configuração de tais relacionamentos como uniões estáveis as deixaria em uma “zona de não-direito”, carecendo, pois, de proteção jurídica, tal argumento ultrapassa

---

<sup>143</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*, volume XX: da união estável, da tutela e da curatela, p. 64.

<sup>144</sup> GIORDANO, João Batista Arruda. A União Estável. *Revista da Ajuris*, n. 45, março, 1989, p. 255.

os objetivos deste estudo, razão pela qual limita-se a afirmar, aqui, que a opção do legislador pela dualidade de sexos é objetiva, inexistindo dúvidas a este respeito.<sup>145</sup>

Antes de adentrar-se à análise dos requisitos “subjetivos”, por assim dizer, da união estável, isto é, daqueles requisitos que serão aqui tratados como conceitos jurídicos indeterminados, cumpre transcrever os ensinamentos de José Carlos BARBOSA MOREIRA, corroborando a interpretação aqui desenvolvida acerca dos elementos legalmente definidos para a caracterização da União Estável:

O art. 1723, *caput*, enumera várias notas, que se devem reputar necessárias para a caracterização da união estável: é mister que a convivência seja "pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". Não se aventurou o legislador a definir esses diversos requisitos, e tem-se de convir em que a respectiva compreensão seria difícil de confinar aprioristicamente em fórmulas taxativas: para usar expressão consagrada em teoria hermenêutica, estamos aí diante de conceitos jurídicos indeterminados - categoria de que as leis fazem largo uso, como quando se referem a "bons costumes", a "mulher honesta", a "ordem pública" e assim por diante. Evidentemente a variabilidade dos critérios que vierem a ser adotados pelos aplicadores da lei torna previsível a configuração de divergências e incidentes capazes de complicar e alongar processos.<sup>146</sup>

Eis que quando se fala em “convivência pública, contínua e duradoura”, é de conceitos jurídicos indeterminados que se trata. Em razão disso, nas páginas que se seguem tentar-se-á demonstrar como é possível identificar nesses conceitos a existência de um núcleo e de um halo conceituais, isto é, de uma zona de certeza confrontada com uma zona de dúvidas, decorrência da própria vagueza dos termos utilizados pelo legislador na elaboração da normativa do artigo 1723, *caput*, do novo Código Civil. Com efeito, registra-se nos conceitos utilizados nesses dispositivos normativos a nota da vagueza que conduz a inexistência de uma regra específica para a sua aplicação. De fato, não será possível determinar de antemão, para a totalidade dos casos, limites e contornos exatos para a “denotação” desses conceitos, devendo-se decidir pragmaticamente, isto é, à luz dos casos concretos, pela inclusão ou não de determinadas situações no âmbito de significação daqueles conceitos.

---

<sup>145</sup> Vez que o texto normativo exige, expressamente, que o laço se estabeleça entre homem e mulher para a configuração de União Estável, pode-se afirmar que quando se fala em União Homoafetiva não é de União Estável propriamente dita que se trata. Contudo, tal não veda o recurso à analogia para que se conceda a tais uniões proteção semelhante àquela reservada às Uniões Estáveis.

<sup>146</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo código civil e a união estável. *Revista de direito privado* 13, ano 4, jan./mar. de 2003, p. 51-62, p. 56.

Nesse sentido, no que concerne à exigência de que, para a configuração da união estável, reste caracterizada a existência de "convivência pública" entre os companheiros, certo é que o legislador lançou mão da técnica legislativa dos conceitos jurídicos indeterminados a fim de não provocar o engessamento do intérprete-aplicador, garantindo que a norma pudesse ser adaptada às diversas situações da vida.

Diante dessa exigência normativa, é de se perguntar como delimitar o que pode ser compreendido como convivência pública e o que não pode?<sup>147</sup> Aí entra a figura do magistrado, o qual poderá chegar, através do preenchimento valorativo das normas vagas à solução justa apenas quando da análise aos casos concretos, de modo que não há na letra da lei uma definição apriorística desse requisito.

Evidente que existem convivências as quais obviamente são públicas, como por exemplo, aquelas em que os companheiros são pessoas que, seja por motivo profissional, seja pessoal, têm suas vidas registradas por meios de comunicação, isto é, indivíduos que constantemente aparecem juntos em jornais, revistas, noticiários televisivos, etc. Nestas hipóteses, não pairam dúvidas acerca da publicidade da convivência, ocasiões em que se está diante, nas palavras de Karl ENGISCH, do *núcleo conceitual*<sup>148</sup> dos conceitos indeterminados, ou seja, está-se diante da parcela do conceito em que se pode, desde logo, formar um

---

<sup>147</sup> Quando da análise desse requisito, tanto na literatura, quanto na jurisprudência, é freqüente a indagação quanto à necessidade ou não de COABITAÇÃO entre os companheiros para que reste configurada a União Estável.

No sentido de sua exigibilidade: "APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE VIDA SOB O MESMO TETO. UNIÃO ESTÁVEL NÃO CARACTERIZADA. 1. A atribuição de importantes direitos de natureza pessoal e patrimonial às pessoas que vivem em união estável exige demonstração indubiosa de que o relacionamento se construiu com os requisitos previstos no art. 1.723 do CCB. 2. A coabitação se mostra, sim, relevante indício da intenção de constituir uma família e elemento relevante para distinguir os namoros das uniões estáveis, especialmente nos dias em que viceja o afrouxamento dos costumes e a intimidade sexual se faz presente já no início dos relacionamentos. Destacada sua importância, só excepcionalmente pode ser dispensada. 3. No caso dos autos, não há dúvida acerca da relação amorosa havida entre a autora e o falecido, mas que não chegou a se consolidar como uma entidade familiar." PROVERAM, POR MAIORIA. (TJRS – Ap.Cív. n.º 70013787536, 7ª CCív., Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 29/03/2006).

Em sentido diverso, admitindo-se a dispensa da vivência sob o mesmo teto: "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL JULGADA IMPROCEDENTE - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO ALEGADA - CONVIVÊNCIA MORE UXÓRIO E AFFECTIO MARITALIS NÃO COMPROVADAS - SENTENÇA CONFIRMADA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A coabitação pode ser dispensada desde que os outros requisitos previstos no artigo 1º da Lei n.º 9.278/96 sejam cumpridos. Existindo nos autos indícios que o relacionamento noticiado, se realmente houve, não ultrapassou o mero namoro, não foi público (com aparência de casamento perante terceiros ou de posse de estado de casado) e, principalmente, não teve o objetivo de constituição de uma família, não há como se reconhecer a alegada convivência marital." (TJPR – Ap.Cív. n.º 165.994-7 – 7ª C.Cív. – Rel.: Des. Mário Rau – Julgado em 02/08/2005). (grifou-se).

convencimento claro: ter-se-ia, assim, como público, aquilo que é efetivamente notório; perceptível aos olhos de todos.

Nada obstante, existe a possibilidade de não ser possível de se afirmar de plano se uma convivência é pública ou não e, nestas hipóteses, estar-se-á diante do *halo conceitual*, isto é, diante daquela parcela do conceito, em que pairam as dúvidas e faz-se necessário o recurso a valores metajurídicos na busca pelo preenchimento do conteúdo conceitual à luz do caso concreto. Como exemplo, pode-se citar aqueles casos em que os conviventes possuem idade avançada e não mais participam em conjunto de atividades fora da residência comum.<sup>149</sup> O companheiro, quando sai de casa, o faz, via de regra, para ir jogar bocha ou baralho com outros homens e, portanto, geralmente desacompanhado da sua companheira. Nestas hipóteses, poder-se-ia negar proteção a qualquer um deles simplesmente porque o casal não apresentava uma convivência pública, compreendida nos limites estreitos do acima assinalado núcleo conceitual? Certo é que a melhor resposta está no sentido do dever de o intérprete-aplicador valer-se de valores que estão além do ordenamento jurídico para solucionar de forma justa o deslinde, utilizando-se da análise de costumes e valores morais da sociedade, atentando, ademais, para o aspecto afetivo do relacionamento entre os conviventes, à esteira da supra assinalada necessidade de eticização do direito.

Deste modo, certo é que a indeterminação do conceito não resultou de opção simplesmente terminológica utilizada pelo legislador, mas da necessidade de que a idéia de "convivência pública" fosse preenchida, pelo aplicador da lei, mediante o recurso a valores não determináveis "a priori", variáveis no tempo e no espaço, e nem sempre constantes do mundo das normas, características essenciais dos conceitos jurídicos indeterminados, conforme elucidou-se em momento anterior.

Desta feita, evidente que o legislador assim procedeu com o intuito de garantir ao magistrado a possibilidade de adaptar o direito à dinamicidade social,

---

<sup>148</sup> Vide nota 31.

<sup>149</sup> Nesse sentido: "APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. EXISTÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não se pode exigir que casal de idade avançada e com pouco tempo de relacionamento tenha uma vida social intensa capaz de dar amplo conhecimento da vida como se casados fossem à comunidade local. 2. A prova indubitável da união estável se retira da narrativa do ora falecido em boletim de ocorrência policial quando, por duas vezes, se refere à apelada como sua companheira." NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS – Ap.Cív. n.º 70014589915, 7ª C.Cív., Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 03/05/2006).

garantindo, assim, a busca pela efetivação de um direito justo, da onde se depreende a possibilidade de eticização do direito, o qual não pode fechar-se em si, devendo sempre buscar os ideais de eqüidade e justiça.

De qualquer sorte, a publicidade de um relacionamento afetivo pode ser compreendida como a "exposição dos companheiros perante o grupo familiar ou social em que vivem, apresentando-se como um casal, partilhando os problemas comuns, prestando auxílio mútuo, moral e materialmente, dispensando-se respeito e afeição"<sup>150</sup>, sem que isso, necessariamente, exija que os conviventes se mantenham em constante exposição nos ambientes sociais. Nada obstante, certo é que não restará caracterizada a união estável no caso de relacionamento sigiloso, típico das uniões adúlteras e reprováveis pelo meio sociais e que são insuscetíveis de gerar União Estável por expressa determinação legal, consoante se depreende do artigo 1723, § 1º, do Código Civil. Neste sentido, José Carlos BARBOSA MOREIRA assevera:

Não se há de entender com rigor excessivo, a meu ver, o requisito da publicidade. Compreende-se que, de acordo com as circunstâncias, os conviventes se exibam como tais, de modo ostensivo, no meio social, ou prefiram manter discrição, mormente se imersos em ambiente conservador, de extremada rigidez de costumes. De modo nenhum é mister que um deles ou ambos declarem a situação em ato ou documento oficial. O essencial é que a ligação não tenha índole clandestina, sigilosa, absolutamente infensa a qualquer conhecimento alheio; mas pouco importa o número de terceiros que dela tenha ciência efetiva.<sup>151</sup>

No que atine à continuidade do relacionamento, tal elemento também não pode ser compreendido como critério inflexível, no sentido de que os companheiros não pudessem passar por qualquer separação para que o instituto da união estável restasse configurado. Desta feita, evidente que se deve considerar como aceitáveis as separações impostas por causas justas, tais como as relacionadas com a saúde, com o trabalho, ou na hipótese de um dos conviventes mudar-se para outra cidade para acompanhar os filhos em comum que decidiram estudar fora, etc. Por outro lado, certo é que ninguém consideraria estável uma relação sujeita a constantes interrupções, na qual o casal briga e se reconcilia freqüentemente, ficando, neste meio tempo, separado e vindo mesmo a se relacionar com terceiras pessoas.

---

<sup>150</sup> DAL COL, Helder Martinez. *A união estável perante o novo código civil*, p. 17.

<sup>151</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo código civil e a união estável*, p. 56.

Todavia, há aquelas hipóteses em que o casal se separou por motivo pouco relevante e, nada obstante o relacionamento tenha passado por um breve período de descontinuidade<sup>152</sup>, os companheiros logo se reconciliaram e reataram a união. Nestas situações, muito embora a união não contasse com uma continuidade absoluta, não se poderia afirmar imediatamente que o relacionamento não apresenta o requisito da continuidade, eis que somente da análise ao caso específico é que o aplicador da lei poderá avaliar se a breve separação foi suficiente para desconfigurar a continuidade exigida para o relacionamento ou não. Portanto, evidente que esta zona de dúvida, também chamada de *halo conceitual*, deixa clara a existência de um conceito jurídico indeterminado, o qual se mostra instrumento hábil a permitir que o magistrado adapte construtivamente a norma à faticidade das situações vivenciadas em sociedade e assim, possibilitar que se chegue à solução correta para o caso.

Nessa esteira, é mesmo incompatível com a natureza dos conceitos jurídicos indeterminados a tentativa de se estabelecer uma interpretação fixa desse requisito da “continuidade” da convivência, aplicável a todos os casos com os quais venha a se deparar o julgador, não merecendo acolhida as orientações que pendem na direção de, por exemplo, afirmar categoricamente pela necessidade de que a convivência se estabeleça sem quaisquer interrupções. A indeterminação do conceito, como já se aclarou, resulta de deliberada opção legislativa, desencadeada pela ciência do legislador acerca da precariedade de sua função, vez que não é possível prever com antecedência toda a pluralidade de manifestações mediante as quais a convivência dos pretensos companheiros pode se apresentar.

Com relação à durabilidade da união, talvez só se possa analisar tal requisito no momento em que o relacionamento se finda, seja por vontade do casal, seja em razão do falecimento de um deles, eis que é a partir deste momento que se poderá saber por quanto tempo perdurou a relação.

---

<sup>152</sup> Cumpre destacar, por oportuno, os ensinamentos de Belmiro Pedro WELTER: "Parte da doutrina aduz que, se o lapso prazal for marcado por período descontínuo, não haverá união estável, porque, em havendo interrupção voluntária, por parte de um ou de ambos os companheiros, há necessidade do recomeço da contagem do lapso temporal. Discordo, em parte, dessa idéia, à medida em que a interrupção do lapso temporal pode ter sido causada propositadamente por um ou por ambos os companheiros, para impedir a implementação futura do prazo, pelo que deve ser examinado o caso concreto, isto é, a singularidade/historicidade dos fatos, para verificar os fatores, motivos e seqüelas da interrupção, evitando-se, assim, prejuízos ao convivente que não deu causa ao período descontínuo, ou até mesmo eventual simulação de fraude entre os conviventes com terceiros." *Estatuto da união estável*, p. 79-80.

De qualquer sorte, não há, no Brasil, um prazo, com rigor absoluto, para se determinar a partir de quando um relacionamento se caracteriza como união estável. A Lei n.º 8.971/94, consoante analisou-se anteriormente, definiu que este prazo seria de cinco anos e, em havendo prole, poderia ser menor. O Código Civil de 2002, que seguiu os mesmos moldes da Lei n.º 9.278/96, deixou de estabelecer um lapso rígido e exato para a configuração da união estável, permitindo, pois, a elastização e abertura do conceito de durabilidade e estabilidade,<sup>153</sup> deixando evidente o recurso do legislador ao uso dos conceitos jurídicos indeterminados, eis que é somente da análise ao caso concreto e, fazendo uso de valores metajurídicos, que o aplicador da lei poderá afirmar se determinado tempo de relacionamento pode ser considerado duradouro ou não para efeitos de configuração da União Estável. Desta feita, é possível que um relacionamento de três anos seja considerado duradouro, no caso de restarem presentes outros requisitos capazes de demonstrar o desejo dos conviventes em formarem uma verdadeira família ou mesmo que venha a ser considerado tempo insuficiente, no caso de não ficar provada a intenção dos conviventes em constituírem uma entidade familiar.

Para Rodrigo da Cunha PEREIRA, representa uma grande evolução o fato de o Código vigente ter eliminado a demarcação de um tempo rígido, já que é possível que um relacionamento que tenha duração de trinta anos seja apenas um namoro, ao passo que uma relação de apenas um ou dois anos pode constituir uma família, razão pela qual não é o tempo de duração que deverá caracterizar ou descaracterizar uma relação como união estável<sup>154</sup>, mas certamente ele servirá como indício para demonstrar que a união foi duradoura e contínua, requisitos estes previstos pelo legislador como necessários à configuração da união estável, como acima se aclarou.

Ademais, evidente que alguns lapsos de tempo demonstram, indubitavelmente, uma convivência duradoura. Usando-se como exemplo aquele acima exposto por Rodrigo da Cunha Pereira, o do relacionamento que perdurou por trinta anos. Não há dúvidas de que tal relacionamento foi duradouro e assim, encontra-se na zona de certeza do conceito jurídico indeterminado. Tal relação pode

---

<sup>153</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, p. 35.

não configurar uma união estável em razão de não estarem presentes outros elementos essenciais, mas é evidente que o requisito da durabilidade está caracterizado. Todavia, no exemplo anterior, o da união que perdurou por três anos, não há mais certeza se o relacionamento foi duradouro ou não, e aí, encontra-se a zona de dúvida do conceito, isto é, aquela porção em que não se faz possível formar, de plano, um convencimento certo e claro.

Nestas linhas, colaciona-se, a fim de corroborar o entendimento dos requisitos ora analisados como conceitos indeterminados, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que o relator Des. Vanderlei Romer afirmou:

A Lei n.º 8.971/94 fixou prazo "há mais de cinco anos" para fins de assistência mútua alimentar entre concubinos, mas a Lei n.º 9.278/96, disciplinando norma constitucional, omitiu o prazo e consignou "convivência duradoura, pública e contínua", deixando, em termos, ao critério do julgador estabelecer o prazo e condições para reconhecimento da união estável, o que significa dar ao juiz a responsabilidade enorme de *apreciar subjetivamente, no contexto da prova*, o que seja convivência duradoura, pública e contínua. (...) Uma união entre homem e mulher pode durar dez ou mais anos e não ser, necessariamente, estável (texto constitucional), como pode durar menos de cinco e atender a este requisito. *Qualquer prazo mínimo não deve ser imposto em termos absolutos*. Importa, isto sim, a existência de certa continuidade e um entrosamento subjetivo para distingui-la de uma união passageira, descomprometida. Fixar um prazo cronológico mínimo para aferir a existência de uma união estável é correr o risco de detectá-la onde não existe ou, o que é pior, negá-la onde de fato se afigura.<sup>155</sup>

Nas palavras de Rodrigo da Cunha PEREIRA, "com a abolição desta exigência [dos cinco anos], o legislador deixou para o julgador a análise pormenorizada do caso concreto, verificando as evidências caso a caso, a fim de auferir se, naquela demanda, houve ou não união estável, através das características exigidas pela lei, (...)".<sup>156</sup> Com efeito, diante da abolição de prazo expresso e pré-determinado como requisito à configuração da União Estável e sua substituição pelo indicativo de "durabilidade" da convivência, resta transparente a opção legislativa pelos conceitos jurídicos indeterminados, de todo coerente com a

---

<sup>154</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável*, p. 228. No mesmo sentido: GARCIA, Marco Túlio Murano. *União estável e concubinato no novo código civil*, p. 32 e LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*, volume 5: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 425.

<sup>155</sup> TJSC, AI n.º 9.812.159-0, 2ª C.Cív., Rel.: Des. Vanderlei Ramos, DJSC 28/12/1999, p. 9. Apud: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Da união estável*, p. 228-229. (grifou-se)

<sup>156</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo código civil*, volume XX: da união estável, da tutela e da curatela, p. 50.

dinâmica das relações de família, incompatível com a fixação de critérios matemáticos, cuja aplicação irrefletida poderia levar à consagração de injustiças.

Deste modo, evidente o recurso do legislador, na estruturação do texto normativo que define os requisitos para a configuração da União Estável, aos conceitos jurídicos indeterminados os quais, por serem, em sua maioria, vagos,<sup>157</sup> permitem alcançar uma pluralidade de situações, o que não seria possível na hipótese de ter-se servido de uma norma rígida e exata, que buscasse prever as situações de forma concreta. Assim sendo, no caso das relações familiares, as quais se encontram em constante mutação e, por que não dizer, evolução, a utilização da técnica legislativa dos conceitos jurídicos indeterminados permite ao intérprete-aplicador a flexibilidade para adequar as mais diversas hipóteses à mesma norma, valendo-se, inclusive, de conceitos, idéias e valores extrínsecos ao mundo jurídico, moldando, desta forma, o direito às necessidades concretas da vida dos indivíduos, cuja dignidade constitui fundamento da República, consoante previu a Carta Cidadã em seu artigo 1º, inciso III.

No que concerne ao último requisito disposto no artigo 1723, *caput*, do Código Civil de 2002, o objetivo de constituir família, certo é que se apresenta como o mais subjetivo dentre aqueles apontados pelo legislador, sendo que "esse pressuposto em torno do ânimo de constituir família não pode ser exclusivamente avaliado em si mesmo, merecendo cogitação à luz de outros aspectos, sequer conhecidos expressamente pela lei, mas que se mostram ínsitos à discussão,"<sup>158</sup> isto é, em razão de o "objetivo de constituir família" se tratar de um conceito jurídico indeterminado, o intérprete-aplicador se vale do recurso de buscar, em valores e conceitos metajurídicos, a solução para o impasse, o que certamente promove a necessária eticização do direito, eis que o liga e o relaciona com o mundo da realidade dos fatos, com as dificuldades e os anseios dos indivíduos, permitindo a mobilidade do sistema jurídico, ou seja, garantindo que o ordenamento não se feche em si mesmo, mas se adapte às constantes alterações sociais e aos reclamos da vida.

---

<sup>157</sup> Já se viu, anteriormente, que a vagueza é apenas uma das características que podem levar à identificação de conceitos jurídicos indeterminados; ao lado dela estão a ambigüidade; o esvaziamento; a polissemia e a porosidade.

<sup>158</sup> MALHEIROS FILHO, Fernando. O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável, *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, Porto Alegre: AJURIS, junho de 2005, p. 83-97, p. 84.

Antes de se proceder a análise do requisito supra citado, cumpre elucidar que, em que pese o posicionamento contrário<sup>159</sup>, certo é que o afeto representa elemento importante para a configuração do "ânimo em constituir uma família", eis que, nada obstante não possa ser medido ou precisado, indica que as partes mantiveram relacionamento eivado de sentimentos sinceros e puros, independentes de anseios patrimoniais, o que é essencial para a constituição de uma família, a qual deve estar pautada pelo respeito, amor, compreensão, assistência mútua, lealdade - elementos estes, enumerados, inclusive, como deveres das relações entre os companheiros, consoante disposição do artigo 1724 do Código vigente - o que somente se faz possível quando verificado a existência de afeto, conforme se elucidou em momento anterior deste estudo. Ademais, a esteira do que vem sendo até discorrido e sustentado, a tomada em consideração do afeto é mesmo exigida na aferição do chamado objetivo de constituir família quando o que se intenta é a permeabilidade do sistema jurídico pela eticidade, no sentido da construção de um direito menos legalista e mais justo.

De qualquer sorte, ante a dificuldade de se caracterizar o "objetivo de constituir família", José Carlos BARBOSA MOREIRA assim assevera:

(...) requisito subjetivo por excelência, é difícil conceituá-lo sem incorrer em tautologia, consoante sucede quando se diz que os partícipes devem perseguir finalidade semelhante à que caracterizaria a fundação de família legítima. Pouco adianta afirmar que os companheiros devem comportar-se "como se casados fossem", ou falar de *affectio maritalis*, de integração espiritual, de comunhão de sentimentos etc.: são fórmulas que terão escassa utilidade na prática. Mais difícil, conquanto insatisfatório, é apontar elementos que *não* precisam estar presentes. Um exemplo é a geração de filhos, afastada por determinação dos conviventes ou por qualquer outro motivo: a entidade familiar que permaneça restrita aos dois nem por isso deixará de merecer, como tal, a proteção assegurada no art. 226, § 3º, da Carta

---

<sup>159</sup> "Com o devido respeito ao pensamento divergente, pouca relevância os afetos podem ter em tais circunstâncias [na edificação jurídica da união estável], e não somente porque, até o presente momento, a ciência ainda não descobriu um mecanismo eficiente para medi-los, mas também porque a qualidade e o grau do vínculo afetivo, normalmente, independente de aspectos factuais, já que a paixão - o mais vulcânico que o intenso dos afetos - pode se produzir entre pessoas absolutamente desconhecidas, enquanto que não será estranho àqueles que diuturnamente tratam dessas questões, ver a união estável vicejar em meio a uma relação de ódio profundo entre os partícipes, desde que presentes todos os demais requisitos que compreendem a formação do instituto jurídico.

Portanto, não deve o estudioso que tenha preocupações jurídicas ocupar-se predominantemente com os afetos, em que pese, não se esteja aqui a desdenhá-los, reconhecida a sua importância na formação da civilização e do bem-estar do ser humano.

Os afetos, no âmbito da união estável não passam de mera presunção, pois que presentes ou não, ante a existência dos requisitos à constituição e configuração da entidade familiar, esta deverá ser reconhecida e pelo tempo em que tais pressupostos mostraram-se presentes." MALHEIROS FILHO, Fernando. *O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável*, p. 85-86.

de 1988, ainda que a existência de prole normalmente funcione como *indício* de que o par teve o objetivo de constituir família.<sup>160</sup>

Nesses termos, evidente a dificuldade em se definir o que significa efetivamente o ânimo de constituir uma família, bem como quais os elementos precisam estar presentes para que se considere que um casal realmente tinha a intenção de formar uma família. Assim sendo, em razão de inexistirem fórmulas capazes de identificar a presença de tal requisito é que se faz essencial o trabalho do magistrado, eis que caberá a ele, quando da análise das particularidades de cada caso, verificar a presença ou ausência deste desejo de os conviventes formarem uma família, de modo que o afeto se apresente, desde logo, como *indício* passível de servir de orientação ao trabalho hermenêutico, em que pese não se possa e nem mesmo seja desejável defini-lo em contornos rígidos.

A partir desta dificuldade em se definir o que pode ser considerado como desejo de constituir família, surge a necessidade de se diferenciar a união estável dos namoros longos, eis que estes dois relacionamentos serão divergentes justamente quanto ao ânimo de constituir família, ou seja, uma relação pode ser pública, contínua e duradoura e não caracterizar uma união estável em razão da ausência do desejo de constituição de família. Segundo Fernando MALHEIROS FILHO, a distinção está nas características externas que o casal optou por dar ao relacionamento, ou seja, nos compromissos assumidos, dos quais resultaram fatos concretos, na coabitação<sup>161</sup>, no pacto de fidelidade, e na formação de uma verdadeira entidade familiar, em que se misturam aspectos da vida e do patrimônio.<sup>162</sup> Nessas linhas, tem-se que “a união estável nasce do desejo da convivência livre, com comunhão de vidas e de patrimônios. A *ratio* dessas uniões é o afeto, a comunhão de vidas, e não de meros interesses obrigacionais”<sup>163</sup>, do que se há de registrar a centralidade do afeto na União Estável, albergada no chamado ânimo de constituir família.

---

<sup>160</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo código civil e a união estável*, p. 57.

<sup>161</sup> Saliente-se o fato de a Súmula 382 do STF não exigir a vida em comum sob o mesmo teto como requisito para a configuração do concubinato, nada obstante haja entendimentos contrários, consoante elucidou-se em momento anterior. Vide nota 139.

<sup>162</sup> MALHEIROS FILHO, Fernando. *O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável*, p. 87.

<sup>163</sup> GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na União Estável – na constância da união e na sucessão. WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord). *Os direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 297-319, p. 298.

Assim sendo, resta evidente a cautela de que deve se valer o intérprete-aplicador quando da análise dos casos concretos, eis que há, a mais das vezes, uma diferença tênue entre um namoro prolongado e uma união estável, já que aqueles também podem ser longos, públicos e continuados, com convivência íntima e até com aquisição de bens. O ânimo de constituir família será aí o elemento diferencial, em que pese sua vagueza e indeterminação, que em verdade ensejam uma postura comprometida do intérprete-aplicador de não apenas julgar como terceiro imparcial e eqüidistante, enclausurado no isolamento de seu gabinete e alheio às vicissitudes da vida, mas imiscuindo-se diretamente na concretude da problemática e buscando colher nela a resposta que melhor se ajuste a um direito eticamente fundamentado.

De qualquer forma, certo é que inexistem fórmulas expressas capazes de identificar a união estável, cabendo ao julgador verificar se estão presentes os elementos caracterizadores de uma entidade familiar, de tal sorte que em razão de tais elementos não poderem ser tomados em isolamento, o magistrado deverá se valer de todo o conjunto probatório para constatar se realmente ficou demonstrada a união estável,<sup>164</sup> o que sofrerá alterações a cada caso, eis que não há, conforme dito anteriormente, um elemento único e rígido que sirva como meio de prova a qualquer desses requisitos, o que é decorrência de sua estrutura de conceitos jurídicos indeterminados. Com efeito, o magistrado deverá sopesar as provas com base em sua experiência ordinária, de modo a evitar que, por exemplo, simples relacionamento afetivo possa ser considerado como uma entidade familiar, sem atentar para os demais elementos caracterizadores.<sup>165</sup>

Demais disso, certo é que o recurso do legislador ao uso de um conceito jurídico indeterminado se mostra acertado e eficaz, já que o aplicador da lei encontra-se em contato com a realidade humana dia a dia, sendo, por isso, capaz de identificar as alterações sociais e suas conseqüências no comportamento dos

---

<sup>164</sup> Sobre a necessidade de verificação conjunta de todos os requisitos legalmente exigidos, exemplificativamente: “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. (TJRS – Ap.Cív. n.º 70010977114, 8ª C.Cív., Rel.: Walda Maria Melo Pierro, julgado em 24/11/2005).

<sup>165</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 364.

indivíduos. Significa dizer que se trata de opção coerente, à medida que se verifica estarem os julgadores muito mais próximos da vida que o legislador, proximidade esta que se coloca como verdadeira imposição da própria função a ser desempenhada pelos magistrados (intérpretes-aplicadores privilegiados) de resolução de conflitos dentro de uma postura eticamente comprometida.

Aliás, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana encontra-se como objetivo a ser perseguido pelo Estado, eis que se trata de fundamento da República - artigo 1º, inciso III, da Carta Magna - sendo que através do trabalho do juiz, bem como da possibilidade de preencher conceitos incertos e abertos através de referências que estão além do direito posto, é possível garantir a concretização desta dignidade do ser humano, formando um direito mais justo e eqüitativo, pelo qual garante-se tratamento igual aos que são iguais, e desigual aos que são, de alguma forma, diferentes. Com efeito, as exigências da dignidade da pessoa humana, no contexto de um direito de família personalista, não poderão ser cumpridas mediante o estabelecimento de fórmulas genéricas e padronizadas, pelas quais pretenda-se dar a todos, em quaisquer situações, o mesmo tratamento, de modo que a utilização dos conceitos indeterminados na definição dos requisitos da União Estável é de todo condizente com esse desígnio de dignificação das relações jurídicas, à medida que, como já à exaustão enfatizado, propicia e exige o real enfrentamento das particularidades das relações jurídicas concretas, que de modo algum serão idênticas umas às outras.

Por conseguinte, dos argumentos acima expostos, depreende-se que não há uma regra rígida capaz de caracterizar um relacionamento como união estável, tampouco os elementos enumerados pelo legislador no artigo 1723, *caput*, do Código Civil, se mostram estáticos e inflexíveis, mas, ao contrário, deixam evidente o intuito do legislador em garantir que as mais diversas realidades pudessem ser contempladas pelo instituto da união estável, bem como de propiciar o afastamento de injustiças que decorreriam da fixação de critérios fechados. Desta forma, além dos requisitos expressamente dispostos, há que se considerar outros tantos elementos quantos se apresentem quando da análise de um relacionamento. Assim, consoante transcreveu-se, em momento anterior, os ensinamentos de Arnaldo RIZZARDO, uma série de outros aspectos, para além daqueles estabelecidos na normativa codificada, poderão ter tomados em consideração, quais sejam, a

presença de filhos em comum, que, apesar de não ser suficiente para configurar uma união estável pelo fato de ser bastante comum a existência de filhos gerados de relações esporádicas ou de simples namoros, representa forte indício do intuito dos companheiros em constituírem uma família; a coabitação - intimamente ligada à convivência *more uxorio*, ou seja, ao fato de os companheiros conviverem e se apresentarem à sociedade como se casados fossem, isto é, como marido e mulher - a qual, nada obstante não seja requisito essencial, demonstra de forma clara o desejo do casal em dividir suas vidas de maneira integral; a dependência econômica que, muito embora já não mais se faça presente nos relacionamentos contemporâneos como se fazia há alguns anos, pode ser substituída pelo entrelaçamento dos proveitos financeiros, pela divisão das despesas e, por que não dizer, pela formação de um patrimônio comum; a exclusividade do relacionamento, ou seja, a unicidade do vínculo afetivo que liga os conviventes, eis que não se pode aceitar, para a configuração da união estável, que uma das partes possua diversas relações amorosas concomitantemente; entre outros que podem surgir em razão das particularidades de cada relacionamento.

O que não se pode, em hipótese alguma, é pretender elevar estes outros elementos, que poderão ser tomados em conta para a avaliação da configuração ou não dos requisitos constitutivos da União Estável, à categoria de verdadeiros requisitos, sem os quais a existência daquela entidade familiar não poderia ser afirmada. De fato, não se pode pretender criar exigências maiores do que aquelas já referidas pelo legislador. Ademais, o estabelecimento de critérios outros como indispensáveis, tal como coabitação ou mesmo existência de prole, conduziria à negação da própria utilidade da estruturação da norma mediante conceitos jurídicos indeterminados, à medida que se voltaria a aprisionar o intérprete-aplicador ao rigorismo matemático, fazendo-o surdo em situações nas quais tudo deveria ouvir e cego em hipóteses nas quais tudo deveria enxergar. Significa dizer que se estaria a colocar em prática verdadeiro retrocesso, descuidando da potencialidade dos conceitos abertos em permitir a marcha progressiva do sistema jurídico e sua eticização, conduzindo a soluções muitas vezes injustas consistentes em se afirmar a União Estável onde, de fato, inexistente, ou a negá-la onde com mais veemência haveria de ser reconhecida.

Por assim ser, faz-se necessário, chegando-se ao final deste trabalho, enfatizar que o recurso aos conceitos jurídicos indeterminados não leva à insegurança jurídica<sup>166</sup>, conforme esclareceu-se em momento anterior deste estudo, mas, ao contrário, garante a atuação comprometida do intérprete-aplicador, o qual deverá valer-se, a fim de preencher a vagueza dos conceitos, no caso dos requisitos da união estável, de valorações e conceitos que, por vezes, encontram-se fora do mundo das normas positivadas. Afinal, o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados não confere ao intérprete-aplicador liberdade ilimitada, que se confunde com arbitrariedade, na apreciação daqueles requisitos estabelecidos como necessários à configuração da União Estável. Não se pode olvidar que não obstante a existência de uma zona de dúvidas na utilização dos conceitos indeterminados, decorrente de sua própria estrutura, há para antes dela um núcleo conceitual, isto é, uma zona de certeza, a partir da qual se estabelecem limites à atividade interpretativa. Não é possível, em hipótese alguma, ultrapassar a carga semântica dos textos a fim de se reconhecer União Estável lá onde não há durabilidade, continuidade, publicidade ou ânimo de constituir família, de modo que em que pese vago, o texto oferece a moldura para a interpretação-aplicação válida.

Significa dizer que a maior liberdade conferida ao aplicador da lei na captação de dados da realidade para bem preencher os conceitos vagos, possibilitando subsumir o fato concreto à norma criada para reger aquele caso específico, não gera arbítrio, eis que é característica dos conceitos jurídicos indeterminados não conferir poderes desmedidos. Aliás, toda a atividade do julgador será desenvolvida com limites restritos e impeditivos de forma a evitar qualquer abuso de poder, não se podendo olvidar que, de acordo com a teoria da unicidade dos conceitos indeterminados, a qual restou analisada anteriormente, o magistrado chegará a única solução justa para o caso, a qual estará sujeita a análise da instância superior e não poderá deixar de contar com a devida fundamentação decisória.

---

<sup>166</sup> Em sentido contrário, Fernando MALHEIROS FILHO, ao afirmar que: "Não sem razão a avaliação e a configuração da união estável acaba por não somente depender da posição pessoal daquele que dispõe do poder de reconhecê-la, como também das posições ideológicas do julgador competente para apreciá-la. Obviamente, não se pretende retirar do juiz os influxos naturais às suas convicções, em especial a ideologia que desde cedo demonstra abraçar. Contudo, é sempre perigoso, 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

Ao final deste estudo, em que se pretendeu demonstrar tratarem-se, os requisitos constantes do artigo 1723, *caput*, do Código Civil de 2002, de verdadeiros conceitos jurídicos indeterminados, impende salientar que é louvável a atitude do legislador em buscar evitar a rigidez da normatização baseada nos casos concretos - os também chamados casuísmos, os quais provocam o engessamento do magistrado, já que este apenas deve subsumir o caso à norma -, principalmente no âmbito do Direito de Família, eis que este se trata, sem dúvida alguma, do ramo mais humano do direito, buscando desvencilhar o intérprete-aplicador das amarras da lei e, assim, garantir que ele possa descer à singularidade dos casos concretos e empregar juízos de valor, cuja flexibilização garante, além do ajuste à "pluralidade da vida", o surgimento de um direito baseado na justiça e na equidade.

De qualquer sorte, vale transcrever os ensinamentos de Maria Cláudia CRESPO, para quem:

Mesmo com o reconhecimento constitucional, a promoção da união estável enquanto relação familiar sofre resistências e gera divergências marcantes e presentes tanto na formulação doutrinária quanto na jurisprudencial.

As maiores dificuldade se encontram na análise dos fundamentos dessa união. No tempo de sua duração, na existência de impedimentos matrimoniais entre os companheiros, na possibilidade de conversão em casamento, nos direitos sucessórios do companheiro sobrevivente, entre outras questões que dividem e criam uma sensação de fluidez de conceitos. A contradição está, justamente, em querer aprisionar ou apreender uma realidade que se afirma pelos fatos e manifestações externas, não necessariamente comprováveis ou revestidos de aspectos formais, como seria o caso, de formalização de contrato entre os companheiros.<sup>167</sup>

Assim sendo, diante da dificuldade para se entender e definir de forma clara o que seja a união estável e seus requisitos, dificuldades estas, oriundas, certamente, da contradição apontada pela autora, mister que os estudos sejam constantes e acompanhem a evolução do instituto, a qual está diretamente e intrinsecamente ligada ao desenvolvimento da própria idéia de família. Certo é que em um direito como o de família, em que despontam as questões de ordem pessoal, ou seja, questões personalíssimas como o afeto, é mesmo desejável a adoção de conceitos jurídicos indeterminados, os quais se mostram preferíveis à enumerações

---

sua caracterização e configuração." *O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável*, p. 84.

<sup>167</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família*, p. 266, (grifou-se).

taxativas e rigorismos legislativos, afeitos à "casuística", permitindo-se, ao aplicador da lei, o uso da prudência para a real aferição da realidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS.**

Muitas foram as dificuldades para que a união estável passasse a ser entendida como uma das possibilidades de constituição de família, assim como longo foi o caminho enfrentado por aqueles que, destituídos de quaisquer preconceitos, buscavam o reconhecimento de famílias não fundadas em valores tradicionais e mesmo religiosos do casamento, derrubando posições clássicas e, por vezes, retrógradas. Apesar da difícil e extensa caminhada, as mentes atentas à relevância do amor e do afeto no seio dos relacionamentos familiares independentemente de formalismos e dogmatizações, lograram elevar a união estável ao patamar de entidade familiar, garantindo-se, desta forma, reconhecimento constitucional e proteção do Estado a todos que dela se valessem com a finalidade de constituir uma família, que por força de texto expresso da Constituição Federal não pode ser reduzida àquela instituída pelo matrimônio, a qual não goza de preeminência com relação às demais, num verdadeiro reconhecimento da família como espaço plural do existir humano.

Nesse sentido, se certo é que as famílias sempre existiram, obviamente não se poderá imaginar que esta realidade sempre se estruturou de forma idêntica ao longo de toda a história, eis que assim como quaisquer outros institutos, evoluem e desenvolvem-se nos mesmos moldes e no exato ritmo em que se desenvolvem os indivíduos que delas fazem parte. Da mesma forma, se certo é, outrossim, que as famílias continuarão existindo por todo o sempre, isso não quer significar que se irão manter nos mesmos moldes e padrões hoje presentes. Nestas linhas, o argumento de Giselle Câmara GROENINGA, para quem a família é "um caleidoscópio de relações que muda no tempo de sua constituição e consolidação a cada geração, que se transforma com a evolução da cultura, de geração para geração."<sup>168</sup>

---

<sup>168</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, *Anais - IV Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*, p. 249-263, p. 258.

Demais disso, em razão de não ser possível a previsão da diversidade das formas que serão assumidas pelas relações familiares é que elas devem ser concebidas de modo plural, a partir de uma racionalidade aberta e não enclausurante, eis que não há apenas uma ou duas formas de família passíveis de serem constituídas pelos seres humanos, mas inúmeras são as possibilidades de arranjos familiares.

Contemporaneamente, a família passou a ser compreendida como mediação pela qual se promove a dignidade da pessoa humana – no sentido de que garante aos indivíduos a possibilidade de desenvolver seus potenciais intelectuais e afetivos, de modo que seus entes consigam sentir-se realizados e felizes -, eis que a promoção da dignidade dos seres humanos foi elevada a fundamento da República, consoante se verifica no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, que está a revelar a marca da repersonalização, nota essencial daquilo que vem sendo chamado por novo direito de família, à medida que se recoloca a pessoa humana no centro das preocupações, operando-se sua valorização. Vale trazer à baila, mais uma vez, as palavras de Giselle Câmara GROENINGA:

A família é sistema de relações que se traduz em conceitos e preconceitos, idéias e ideais, sonhos e realizações. Uma instituição que mexe com os nosso mais caros sentimentos. Paradigmática para outros relacionamentos, nesse sentido, célula mater da sociedade, ao mesmo tempo em que é relação privada é pública.(...)  
Conforme o ângulo que observemos a família, a perspectiva que adotemos, procedemos um giro epistemológico em que modificamos as características que antes lhe atribuíamos. E, desta forma, criam-se novos paradigmas que influenciarão as próprias formas de constituição das famílias. Assim, aos modos e leis naturais e universais de sua constituição somam-se as perspectivas das disciplinas do saber e os ordenamentos sociais e jurídicos, influenciando-se mutuamente. O direito afeta afetivamente as famílias.<sup>169</sup>

Com efeito, o presente estudo desenvolveu-se tomando como base o avanço constitucional no âmbito do direito de família, que, dando respaldo aos reclamos da faticidade social, alargou as possibilidades de formação de núcleos familiares<sup>170</sup>. Especificamente aqui, tratou-se de atentar para a configuração peculiar da união estável no ordenamento pátrio, procurando-se demonstrar a acertada

---

<sup>169</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico*, p. 258.

<sup>170</sup> Nada obstante o constituinte tenha concebido a família de modo plural, certo é que ficou aquém das necessidades e dos anseios pelos quais clamavam a sociedade, deixando de contemplar, por exemplo, as uniões homoafetivas. Todavia, consoante elucidou-se em momento anterior, deixa-se de analisar tais lacunas em razão de ultrapassar os limites propostos a este estudo.

opção do legislador ordinário em fazer uso de conceitos jurídicos indeterminados, objetivando-se garantir uma maior mobilidade das disposições legais, a fim de que se pudesse contemplar o mais vasto rol de situações vivenciadas pela sociedade, ou seja, buscando-se proporcionar uma adequação da legislação à “pluralidade da vida”, sem olvidar a possibilidade de o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados viabilizarem a promoção dos ideais de justiça e equidade, que não podem passar ao largo do direito, cuja efetividade reclama por um mínimo de eticidade.

De qualquer sorte, certo é que o legislador lançou mão do uso de conceitos jurídicos indeterminados ao dispor, no artigo 1723, *caput*, do Código Civil, que “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”, isto é, apropriou-se de conceitos cujo conteúdo é incerto e impreciso, ou seja, vago e carente de preenchimento valorativo, sendo que quando da análise ao caso concreto, em razão dessa necessidade de preenchimento, o intérprete-aplicador não poderá se restringir ao mundo jurídico, mas certamente deverá ultrapassá-lo, buscando valer-se de elementos metajurídicos que, a mais das vezes – pelo menos no que se refere aos requisitos caracterizadores da união estável -, encontram-se verdadeiramente distantes do mundo das normas, isto é, do direito tal qual se encontra nos códigos, exigindo apreciações de costumes sociais e valorações de cunho ético, num verdadeiro exercício da aproximação do julgador com relação à singularidade da vida, de modo a captar suas manifestações concretas.

Desta forma, a atividade do magistrado sobreleva em importância, já que, muito embora não atue de maneira a concorrer tão ativamente para a elaboração da norma como o que ocorre no caso das cláusulas gerais, consoante se elucidou anteriormente, deixa ele de simplesmente subsumir o caso concreto à lei positivada, e passa a tecer valorações essenciais aos deslindes das demandas, levando a cabo juízos de valor que de modo algum poderão se confundir com arbitrariedade, à medida que deverão se encontrar embasados em constatações e análises das peculiaridades de cada situação a fim de compreender os diferentes arranjos familiares verificáveis na realidade, buscando identificar ali a presença ou ausência

dos elementos necessários ao seu enquadramento no âmbito da proteção constitucional, sob a forma de união estável.

Ademais, a opção do legislador pelo uso dos conceitos jurídicos indeterminados é positiva à medida que permite evitar, com maior sucesso, que se cometam injustiças, que certamente seriam mais freqüentes caso ele tivesse feito uso de normatizações rígidas e fixas, características do casuísmo legislativo - as quais engessam o magistrado em razão de a ele ser possibilitada apenas a subsunção do caso à lei -, eis que as situações inicialmente não previstas e diferentes daquelas convencionais ficariam em uma "zona de não-direito", carecendo, pois, de regulamentação, restando, assim, relegadas ao plano da ajuridicidade.

Assim sendo, pelo fato de restar evidente a impossibilidade de previsão de todas as hipóteses que afloram no mundo da vida e que terminam por exigir soluções de ordem jurídica, vez que as relações humanas mostram-se muito mais complexas e diversificadas do que a capacidade de previsão e prognose legislativa, desponta como correta a opção do Código, uma vez que a técnica legislativa utilizada para estabelecer os requisitos da união estável permite ao magistrado a adaptação dos dispositivos normativos à pluralidade das relações humanas, garantindo, assim, que o direito se perfaça diante de todos os indivíduos que buscarem, através de uma união informal, constituir uma família. É o que se pode depreender do texto João Baptista MACHADO:

O que sobretudo importa frisar é que a utilização destes 'conceitos indeterminados', assim como o recurso a cláusulas gerais, se justifica, ou para permitir a adaptação da norma à complexidade da matéria a regular, às particularidades do caso ou à mudança das situações, ou para facultar uma espécie de osmose entre as máximas ético-sociais e o Direito, ou, (...) enfim, para permitir uma 'individualização' da solução (o que interessa naquela relações da vida, designadamente nas relações de família, em que se acham sobremodo comprometidas dimensões ou aspectos pessoais ou pessoalíssimos das partes).<sup>171</sup>

Quer parecer mesmo que o direito de família se apresenta como *locus* privilegiado para a contemplação das novas técnicas legislativas destinadas a assegurar a necessária abertura do sistema jurídico, a fim de que em se

---

<sup>171</sup> MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 114.

oxigenando, possa ele granjear uma potencialização de sua efetividade. Tanto mais isso se faz verdade quando se assume a família não mais como ente de índole transpessoal, cujo existir institucional independe das situações concretas de seus membros, mas como verdadeiro refúgio afetivo para o qual acorrem as pessoas em tempos de crises. Com efeito, um conjunto normativo que se proponha a disciplinar uma tal realidade, em que o aspecto afetivo é momento central, não poderá se deixar amarrar por enumerações taxativas e rols exaustivos, isto é, por regras que pretendam proceder a uma exata tipificação separadora daquilo que é e daquilo que não é jurídico, do direito e do não-direito, ou, trazendo-se a reflexão ao nosso objeto específico de análise, pretendendo-se fixar de antemão e com rigidez aonde se encontra e aonde não se admite a união estável.

Nesse sentido, as palavras de Luiz Edson FACHIN:

Esses espaços de 'não-direito' geram fatos que, em certos casos, acabam se impondo ao jurídico, o que gera uma transformação naquilo que foi refinado pela ordem jurídica. Desta certa mudança sem ruptura vem a nova ordem, e o ciclo produtivo das passagens se mantém. Lacunas convertem-se em regras.

Foi o que ocorreu, dentro do âmbito do direito brasileiro, com o concubinato. No contexto de família, a concepção matrimonializada forma um espaço de não-direito, mas a produção de relações-sociais nesse espaço acabou gerando uma certa imposição, e o que estava na 'dobra' do Direito passou, gradativamente, a ocupar o núcleo do modelo plural de família.<sup>172</sup>

Ora, à evidência que diante de uma realidade dinâmica como a das relações familiares, por essência incompatível aos apegos formais e afeita às questões de ordem ética e afetiva, não se poderia descer às minúcias legislativas, intentando estabelecer prazos, formas de publicidade ou periodicidades mínimas sem interrupções para que se pudesse afirmar configurada a união estável, agora reconhecida como entidade familiar, após ter sido relegada, durante tempos, ao limbo jurídico. Se a trouxe ao mundo do direito, coerência não haveria em reduzi-la a contornos injustificadamente limitados, enclausurando-a em fórmulas de cunho matemático, de modo a conservar no não-direito aqueles que de fato encontram-se em situação ensejadora de reconhecimento, sob a forma de união estável. Tem-se, então, fundamentada a escolha pela fluidez dos conceitos indeterminados,

---

<sup>172</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 202.

condizente com a inviabilidade de se pretender aprisionar uma realidade que se afirma livremente pelos fatos.

Desde aí fica assinalada a relevância da opção pelos conceitos indeterminados que haverão de cumprir o papel de verdadeiras pontes a interligar não apenas o Código à Constituição, mas também, e em consonância com os mandamentos constitucionais de valorização da pessoa humana, a interligar o sistema jurídico ao mundo da vida, como há dizer, a família normatizada à família vivida, numa trajetória que haverá de ser construída, em cada caso, pelo intérprete-aplicador, de quem há de se exigir, sobretudo aqui, a assunção de compromisso ético com a efetiva realização de um direito justo, compassado com seu presente histórico.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVIM PINTO, Teresa Arruda. Entidade familiar e casamento formal. ALVIM PINTO, Teresa Arruda (coordenadora), *Direito de família - aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira, Teoria geral dos conceitos legais indeterminados. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 7, n. 27, abr./jun. de 1999, p. 95-107.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo código civil e a união estável. *Revista de direito privado* 13, ano 4, jan./mar. de 2003, p. 51-62.

BARRETO, Vicente de Paulo. Prefácio. In: FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família no novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito de família*, Edição histórica, 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 255-278.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família, FACHIN, Luiz Edson (coord.) et. al. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 273-313.

CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. A família e a União Estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord). *Os direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 373-401.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 95, jul./set. de 1990, p. 125-138.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DAL COL, Helder Martinez. A união estável perante o novo código civil, *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 818, dezembro de 2003, p. 11-35.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 5 ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979.

FACHIN, Luiz Edson. Direito além do novo código civil: novas situações sociais, filiação e família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr./jun. de 1999, p. 07-35.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. O novo direito civil: naufrágio ou porto? CHAGAS, Sílvio Donizete (org.) *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCIA, Marco Túlio Murano. União estável e concubinato no novo código civil, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr./jun. de 1999, p. 32-44.

GIORDANO, João Batista Arruda. A União Estável. *Revista da Ajuris*, n. 45, março de 1989, p. 255-258.

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, abr./jun. de 2000, p. 03-25.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: RT, 1988

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, *Anais - IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* - IBDFAM, p. 249-263.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. O patrimônio na União Estável – na constância da união e na sucessão. WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord). *Os direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 297-319.

HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 87, n. 756, 1988, p. 11-36.

KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e controle da discricionariedade no Brasil. *Revista Interesse Público*, v. 5, n. 23, p. 21-49, jan/fev. de 2004, p. 21-49.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*, volume 5: direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família, BITTAR, Carlos Alberto (coord.), *O direito de família e a constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, n. 12. jan./fev./mar. de 2002, p. 40-55.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1991.

MALHEIROS FILHO, Fernando. O ânimo de constituir família como elemento caracterizador da união estável, *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 98, Porto Alegre: AJURIS, junho de 2005, p. 83-97.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, *Informação Legislativa do Senado*, ano 28, n. 112, out./dez. de 1991, p. 13-32.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um 'sistema em construção' - as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 753, julho de 1998, p. 24-48.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina*, Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2000.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1997.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor* – 50, ano 13, abr./jun. de 2004, p. 09-35.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*, v. I, Direito Matrimonial, 1. ed. atual. por Vilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 2001.

MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, 1996, p. 78-95.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*, 3. ed. atual, Lisboa: Coimbra, 1996.

MOUSNIER, Conceição A. A nova família à luz da constituição federal, da legislação e do novo código civil, *Revista da EMERJ*. V. 1, n. 1, Rio de Janeiro: EMERJ, 1998, p. 244-264.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no código civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Programa de Pós-Graduação em Direito - n. 1 (1953) - Curitiba: SER/UFPR, n. 41, 2004, p. 85-98.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Entidades familiares na constituição: críticas à concepção hierarquizada, RAMOS, Carmem Lucia Silveira (organizadora) et. al. *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 5, Direito de Família, 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código civil da família anotado: legislação correlata em vigor*, 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo código civil*, volume XX: da união estável, da tutela e da curatela, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*, 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. DIAS, Maria Berenice (coord.) et. al. *Direito de família e novo código civil*, 2. ed. 2. tir., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 225-242.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, *Anais - IV Congresso Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM*, p. 633-656.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. *Família sem casamento: da relação existencial de fato a realidade jurídica*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 8 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1978.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>>. Acesso em: 06 set. 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SOUSA, António Francisco de. Os 'conceitos legais indeterminados' no direito administrativo alemão. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, out./dez. de 1986, p. 276-291.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, v. 6., 3. ed., atual., São Paulo: Atlas, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. 2 ed. Porto Alegre: SAFE, 1984.

WELTER, Belmiro Pedro (org). A secularização do direito de família. WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (coord). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. *Estatuto da união estável*, 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2003.