

MARIA AUXILIADORA SOARES CUNHA

**A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO
DAS FAMÍLIAS**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC/MG
2010

MARIA AUXILIADORA SOARES CUNHA

A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga _ FIC, como exigência parcial de obtenção do título de Bacharel em Direito sob orientação do Msc.Ivan Barbosa Martins.

FIC-CARATINGA
2010

Dedico este trabalho primeiramente a Deus por me guiar, aos meus pais por tudo que fazem por mim. Ao meu orientador Msc. Ivan Barbosa Martins pelo apoio incondicional e por acreditar que eu seria capaz. A todos que não mediram esforços para que eu vencesse mais essa etapa.

AGRADECIMENTOS

A cada vitória agradeço primeiramente a Deus por me guiar e ao meu anjo da guarda por me iluminar. Senhor, obrigado pelo fim de mais essa etapa.

A minha MÃE, por estar sempre presente e compreender-me. Eu Te Amo!!!

Ao meu PAI, por tudo que faz por mim, Você é meu Tudo!!!

Agradeço especialmente ao professor Msc. Ivan Barbosa Martins por ter me orientado e acreditar que eu seria capaz, aceitando me ajudar quando eu já acreditava ter perdido todas as chances.

Aos meus irmãos Tarcísio e Constantino por acreditarem nos meus sonhos, amo muitíssimo vocês.

Ao meu namorado Moisés por fazer parte deste sonho e estar sempre presente, obrigado por fazer parte da minha Vida, Eu Te Amo.

Aos meus lindos sobrinhos Davi e Bernardo; Titia ama muito vocês.

Aos meus amigos, em especial ao Odir por me ajudar muitas vezes, ficando do meu lado e dedicando qualquer sacrifício por mim.

Agradeço a cada pessoa que fez parte desta vitória! Amo vocês!

“Sempre é preciso saber
quando uma etapa chega ao final.

Se insistirmos em permanecer nela
mais do que o tempo necessário,
perdemos a alegria
e o sentido
das outras etapas que precisamos viver.

Encerrando ciclos,
fechando portas,
terminando capítulos,
não importa o nome que damos.
O que importa é deixar no passado
os momentos da vida que já se acabaram...”
(Paulo Coelho)

“A cada momento de nossa existência
temos que escolher entre um caminho e o
outro. Uma simples decisão pode afetar
uma pessoa para o resto da vida”. (Paulo
Coelho)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade desenvolver uma reflexão sobre a aplicação da boa-fé objetiva no direito das famílias. Para tanto, é de imprescindível importância traçar breve conceito acerca do princípio da boa-fé objetiva. Elevado à categoria de princípio jurídico, a boa-fé objetiva incide sobre as relações jurídicas de variadas espécies, primando pela efetivação da confiança, respeito, lealdade e responsabilidade. No mesmo sentido discorre o artigo 187 do Código Civil prescrevendo o uso da boa-fé. A boa-fé objetiva é aplicada nas relações de direito privado, sobretudo no tocante ao cumprimento dos contratos. Muito embora o princípio da boa-fé objetiva seja aplicada no direito civil na parte dos contratos, observa-se a possibilidade de sua aplicação no direito das famílias sendo defendida por alguns doutrinadores como Nelson Rosendal. Desta maneira é possível perceber nas relações do direito de família, a dissidência entre a aplicação ou não de tal princípio, uma vez que existem controvérsias sobre sua aplicação tanto nas relações afetivas quanto nas patrimoniais. Daí surge a seguinte incógnita: É possível aplicar a boa-fé objetiva no Direito das Famílias tendo em vista que tal princípio tenha sido originalmente e tradicionalmente aplicado apenas às relações consumeristas e contratuais? É possível observar a partir da leitura de diplomas legais, que o princípio da boa-fé é utilizado no direito de família, tanto nas relações patrimoniais como nas relações afetivas, uma vez que nessas relações é inquestionável a importância dos elementos do princípio da boa-fé (confiança, respeito e lealdade).

Palavras-chave: Boa-fé objetiva; Família; Enriquecimento ilícito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
COSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPITULO I – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CIVIL	13
1.1 – A boa-fé objetiva como princípio jurídico.....	13
1.2 – A boa-fé objetiva e as suas funções.....	15
1.3 – A boa-fé e sua análise conceitual no âmbito do Direito Civil.....	18
CAPITULO II – A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	21
2.1 – O conteúdo do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares.....	22
2.2 – A boa-fé objetiva e o valor jurídico da confiança no Direito das Famílias	23
2.3 – A boa-fé objetiva e a proibição do comportamento contraditório.....	24
2.4 – A boa-fé objetiva como fundamentação para a vedação ao enriquecimento sem causa ou ilícito no Direito das Famílias.....	26
2.5 – Diferenças entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva no Direito das Famílias.....	27
2.6 – A boa-fé objetiva nas relações existenciais do direito das famílias.....	28
CAPITULO III – A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES PATRIMONIAS DE FAMÍLIA	31
3.1 – A boa-fé objetiva na escolha e na alteração do regime matrimonial de bens.....	32
3.2 – A confiança nas relações familiares patrimoniais.....	35
3.3 – A irrenunciabilidade alimentar e a boa-fé objetiva.....	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	43
ANEXO	44

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico objetiva discutir a aplicação da boa-fé objetiva no direito das famílias no que tange às relações patrimoniais e existenciais.

O estudo que se inicia traz como questionamento a possibilidade da aplicação da boa-fé objetiva nas relações das famílias. Quanto a esta possibilidade, esta poderá se dar em casos onde haja cometimento de um dano por parte de um ente familiar a outrem (é uma forma de dar concretude a responsabilidade civil nas relações de família, impossibilitando a ocorrência de vícios ou condutas de má fé; exemplifica o anteriormente dito com os casos de enriquecimento ilícito).

Desta forma, para o questionamento aferido, entende-se que, o princípio da boa-fé pode ser aplicado no Direito das Famílias. Verifica-se ainda, que tal princípio pode ser aplicado tanto na vertente patrimonial quanto na vertente afetiva das relações familiares. Exemplo disso é a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família, que consiste no enriquecimento ilícito, ou seja, aquele auferido a partir do prejuízo de outrem.

A presente monografia será realizada embasada em análise de doutrinas e outras publicações a respeito do tema, conferindo um caráter teórico-dogmático a metodologia utilizada. Possui ainda o presente trabalho o objetivo de revisar bibliografias sobre o assunto; destacar o princípio da boa-fé objetiva; selecionar fundamentos jurisprudências e doutrinários para a argumentação da pesquisa; expor conceitos; apresentar exemplos propostos pela doutrina com base em reiteradas decisões dos tribunais, a fim de facilitar a compreensão da temática proposta.

Com a elaboração do presente trabalho houve um considerável ganho pessoal, uma vez que proporcionou um acréscimo de conhecimento específico em relação ao tema e, de outros assuntos que possuem correlação com o mesmo. Em se tratando de ganhos para o direito o mesmo promoveu uma efetivação da aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares, propiciando maior segurança, estabilidade e cristalizando as relações jurídicas.

Por fim elenca-se o ganho social no sentido de haver um resgate de valores morais e éticos, além de resguardar o direito de cada componente da entidade familiar uns para com os outros.

O trabalho está dividido em três capítulos: o primeiro discorre sobre o princípio da boa-fé objetiva no direito civil, com ênfase na boa-fé objetiva como princípio jurídico, nas suas funções e, na boa-fé e sua análise conceitual no âmbito do Direito Civil.

Já o segundo capítulo trata da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no direito das famílias, destacando o conteúdo do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares; a boa-fé objetiva e, o valor jurídico da confiança no Direito das Famílias; a boa-fé objetiva e a proibição do comportamento contraditório no Direito das Famílias; a boa-fé objetiva como fundamentação para a vedação ao enriquecimento sem causa ou ilícito no Direito das Famílias; as diferenças entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva no Direito das Famílias; a boa-fé objetiva nas relações existenciais do direito de família.

Por fim o terceiro capítulo discorre sobre a boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família, sendo dividido este em três etapas, qual seja: a boa-fé objetiva na escolha e na alteração do regime matrimonial de bens; a confiança nas relações familiares patrimoniais; a irrenunciabilidade alimentar e a boa-fé objetiva.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a importância da temática quanto à aplicação da boa-fé objetiva no direito das famílias, é fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de investigar a aplicação deste princípio no direito das famílias.

O presente estudo ambiciona uma análise acerca da aplicação da boa-fé objetiva no direito das famílias.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais, se incluem a noção jurídica de “Boa-fé Objetiva”, a concepção de Família, bem como a visão instrumental de Enriquecimento ilícito, sobre os quais passa-se a explanar a partir de então.

No que diz respeito à boa-fé objetiva, Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra “Direito Civil Brasileiro, contratos e atos unilaterais”, salienta que:

A Boa-fé objetiva constitui um modelo jurídico, na medida em que se reveste de variadas formas. Não é possível catalogar ou elencar, *a priori*, as hipóteses que ela pode configurar-se, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso.¹

Ademais, Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel traz em sua obra o conceito infra-mencionado:

A boa-fé objetiva se caracteriza por ser uma regra de conduta externa, um dever das partes em se pautar pela honestidade, lealdade e cooperação em suas relações jurídicas.²

É possível entender em fase posterior à leitura dos conceitos acima traçados que a boa-fé objetiva apresenta-se como um ponto convergente de valores morais e

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro.v III. Contratos e atos unilaterais*. 5.ed., São Paulo: Saraiva 2008, p.36.

² GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 95.

éticos (lealdade, confiança), cuja presença é indispensável a toda e qualquer relação intersubjetiva.

No que diz respeito a família, Maria Berenice Dias traz em sua obra *Manual de Direito das Famílias* o seguinte conceito:

A família sempre esteve ligada à idéia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, patrimonizada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo.³

Já para Caio Mário da Silva Pereira:

Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados).⁴

Faz-se necessário ressaltar que, ao longo dos anos a concepção conceitual de família sofreu consideráveis modificações. É possível citar como exemplo a inexigência da diversidade de sexos, mesmo sendo este o posicionamento defendido pela doutrina, a lei ainda se faz silente sobre o assunto. Elenca-se ainda a possibilidade de existir famílias formadas por um dos pais e o filho. Logo, tornou-se ultrapassado o modelo de família formado por pai, mãe e filho. Corroborando ao que se aduziu encontra-se o posicionamento de Maria Berenice Dias em sua obra *Manual de Direito das Famílias*:

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.73.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. V: direito de família 14. ed., rev. e atual de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

A sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, por isso a lei regulava somente o casamento, as relações de filiação e o parentesco. O reconhecimento social dos vínculos afetivos formados sem o selo da oficialidade fez as relações extramatrimoniais ingressarem no mundo jurídico por obra da jurisprudência, o que levou a Constituição a albergar no conceito de entidade familiar o que chamou de união estável. Viu-se o legislador na contingência de regulamentar esse instituto e integrá-lo no livro direito de família. Olvidou-se o Código Civil de disciplinar as famílias monoparentais, reconhecidas pela Constituição como entidade familiar. Igualmente, nada traz sobre as uniões homoafetivas, que vêm recebendo da jurisprudência reconhecimento no âmbito do direito das famílias.⁵

No que tange ao enriquecimento ilícito, é possível entender como sendo, o acréscimo do patrimônio de uma pessoa às custas do prejuízo ao patrimônio de outrem.

O enriquecimento ilícito ou sem causa, está previsto no *caput* do artigo 884 do Código Civil de 2002: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.⁶

Segundo prescreve Maria Helena Diniz:

Princípio do enriquecimento sem causa. Princípio, fundado na equidade, pela qual ninguém pode enriquecer à custa de outra pessoa, sem causa que o justifique. Assim, todo aquele que receber o que lhe não era devido terá o dever de restituir o auferido, feita a atualização dos valores monetários, para se obter reequilíbrio patrimonial.⁷

Em síntese consiste o enriquecimento ilícito na vantagem econômica conseguida em desfavor e prejuízo de outrem. Consiste na concretização da má-fé de uma das partes para com a outra.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.34

⁶ Vade Mecum *Compacto de Direito. Código Civil de 2002*/ Antonio Luiz de Toledo Pinto, org et al, 1. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 207.

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 609.

CAPITULO I - O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO CIVIL

O princípio da boa-fé objetiva apresenta-se em síntese como uma norma de conduta, impondo-se como modelo a ser seguido pelos indivíduos e, funcionando de forma subsidiária ao Código. Nesse sentido Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel expõe:

A boa-fé objetiva, por conter valores essenciais, de conteúdo generalizante, deve ser posicionada como um princípio geral a ser priorizado em todo o direito e nas diversas espécies de relações jurídicas, inclusive no que concerne às relações familiares.⁸

O que busca o princípio da boa-fé objetiva é traçar metas e comportamentos a serem seguidos pelos indivíduos, com a finalidade de que estes não se desvirtuem em seus comportamentos e tão pouco deixem de primar pela probidade, equidade, além dos valores trazidos pelo princípio da boa-fé objetiva, qual seja (confiança, lealdade e respeito).

1.1 – A boa-fé objetiva como princípio jurídico

Para o desenvolvimento do presente trabalho monográfico que se realiza, se faz necessário e, torna a cognição do tema mais fácil o conceito do elemento principal de nosso estudo, qual seja a boa-fé objetiva. Entende-se que esse princípio tutela a manutenção e promoção de valores morais e éticos dentre os quais se destacam: a confiança, lealdade e respeito.

⁸ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. In: *O Princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 97.

Como efeito, os valores da dignidade humana, igualdade e solidariedade estruturam o direito civil-constitucional, gerando reflexos na formulação dos princípios jurídicos familiares contemporâneos. Tais valores centrais dão ensejo a outros, tidos como de decorrência lógica, dentre os quais merecem destaque o afeto, a confiança, o respeito, a lealdade e a responsabilidade.⁹

O direito tem como uma de suas fontes o costume. De igual forma quando a sociedade admite uma prática como certa, esta pode ser aplicada como fonte subsidiária do direito, exemplo disso, as filas. Comungando desse pensamento os princípios não funcionam apenas como substrato do direito mas, também como pilar para seara jurídica.

No que se refere ao direito, é possível se dizer, que o princípio da boa-fé objetiva (confiança, lealdade e respeito) funciona como um ponto norteador de condutas, dando fundamento ao direito positivado, pois, ao se formular uma lei deve-se observar se está viabilizando entre os sujeitos a manutenção dos supracitados valores trazidos pelo princípio em estudo.

O princípio jurídico, como ressaltado anteriormente neste trabalho, é inspirado em valores e possui conteúdo normativo próprio, conferindo a devida conexão e uniformidade à legislação e muitas vezes integrando expressamente o próprio ordenamento jurídico por meio de regras definidoras de deveres de conduta. É, pois, o que ocorre com o princípio da boa-fé objetiva, expressamente previsto no ordenamento jurídico, portador de um conteúdo valorativo e com essência normativa capaz de criar obrigações comportamentais.¹⁰

O princípio da boa-fé objetiva vem para servir de ponto convergente de um conglomerado de valores que, mesmo tendo gênese particular com o decorrer do tempo e, mesmo com a evolução das relações intersubjetivas tornaram-se, eminentemente, indispensáveis a toda e qualquer relação, fato pelo qual, passou tal princípio a ser prescrito por diplomas legais. No mesmo sentido prescreve o artigo

⁹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. In: *O Princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 97.

¹⁰ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 107.

113 do Código Civil de 2002: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.¹¹

O princípio da boa-fé objetiva tem como escopo tornar eficaz a aplicação dos valores por ele tutelados e, junto a este princípio encontra-se outros mais, como o princípio da equidade e da probidade.

Tais valores e princípios são de inquestionável importância e relevância para as relações jurídicas (e mesmo para as relações alheias a seara jurídica), pois buscam defender e tornar concreto a finalidade precípua do direito, que é a justiça. Em razão de tamanha importância o princípio da boa-fé objetiva se efetiva como princípio jurídico. Reporta o artigo 422 do Código Civil de 2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.¹²

O princípio estudado no presente trabalho se posiciona, a partir de sua adoção por diplomas normativos, como uma norma de conduta, servindo de parâmetro comportamental e, impingindo sua observância.

1.2 – A boa-fé objetiva e as suas funções

Como anteriormente se aduziu, o princípio da boa-fé objetiva funciona como norma de conduta, sendo desta forma, e por sua indubitável importância um princípio jurídico.

É sabido pelos operadores do direito que todo princípio jurídico deve conter ou, possuir uma função o que propicia sua objetividade e eficácia. O princípio da boa-fé objetiva não se afasta dessa ideia, pois possui três funções básicas, as quais se passa a expor.

É certo, porém, que a boa-fé objetiva não pode servir a qualquer fim, daí a importância de se estabelecer as funções por ela desempenhadas. Na esteira de autores germânicos, a doutrina brasileira atribui à boa-fé três comandos específicos, que são as suas funções: a função interpretativa, a

¹¹ Vade Mecum *Compacto de Direito. Código Civil de 2002*/ Antonio Luiz de Toledo Pinto, org et al, 1. ed., São Paulo:Editora Saraiva, 2009, p. 154.

¹² *Ibidem*, p. 176

função integrativa de criação de deveres anexos ou acessórios à prestação principal e a função de controle ou restritiva do exercício abusivo de direitos.¹³

Em anuência a doutrina majoritária intitulam-se como funções da boa-fé objetiva: a função interpretativa. Assim, dispõe Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

Na função interpretativa, a boa-fé objetiva serve como um critério hermenêutico consubstanciado na necessidade de se interpretar as convenções e manifestações de vontade de acordo com os parâmetros de lealdade e correção. Afigura-se, assim, a proibição de se considerar válido o sentido malicioso ou fraudulento de qualquer manifestação da vontade.¹⁴

Outra função trazida pelas doutrinas é a integrativa ou supletiva, a qual busca propor deveres que margeiam os da obrigação principal ou, deveres paralelos ao principal, chamados deveres anexos. Nesse sentido dispõe Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

Uma segunda função que se reconhece à boa-fé objetiva é a integrativa ou supletiva, a qual se caracteriza por criar deveres anexos à prestação principal. Ou seja, ao lado da prestação principal, surgem deveres outros, considerados acessórios, que tornam a relação jurídica mais solidária, cooperativa e leal. Podemos tomar como exemplos o dever de informação, de sigilo, de colaboração, de lealdade, de cuidado, de proteção, dentre outros diversos.¹⁵

Descreve-se ainda, como função da boa-fé objetiva, a função controladora ou restritiva que busca cercear excessos ou abusos no uso do direito. Assim estabelece Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

¹³ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 117.

¹⁴ *Ibidem*, p. 117.

¹⁵ *Ibidem*, p. 118.

A boa-fé objetiva cumpre a função controladora ou restritiva, exigida nas manifestações jurídicas da conduta humana a partir da limitação ao exercício de direitos. Com base nesta função, o exercício dos direitos e deveres sempre e quando as condutas tiverem algum tipo de transcendência jurídica, quer dizer, entrarem no âmbito jurídico, limitar-se-á à ação da boa-fé.¹⁶

Essa função de controle busca promover a primazia do interesse social em detrimento ao interesse individual. É possível se entender que, para a efetivação da justiça, devem ser observados os interesses e vontades do social ou da maioria e, jamais a vontade individual e egoísta de um indivíduo. Em síntese, esta função prima pela justiça e pela equidade das relações.

Segundo Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

Ao longo do tempo, o exercício dos direitos deu origem a excessos que determinaram a necessidade de imposição de limites, dentre os quais se destaca a boa-fé objetiva. Nesta perspectiva, a boa-fé objetiva funciona como mecanismo de controle de direitos subjetivos, apresentando uma forma de conduta a ser seguida. Vê-se, desse modo, o aspecto negativo ou proibitivo da boa-fé objetiva, que, ao estabelecer limites, impõe às partes o dever de não agir de forma abusiva ou excessiva.¹⁷

É necessário ressaltar ainda que o princípio da boa-fé objetiva funciona como norteador de condutas. Desde os primórdios a sociedade sempre demonstrou carecedora de um parâmetro ou, mesmo de um modelo comportamental, discernir o certo do errado, o viável do inviável, sempre se fez necessário, razão pela qual todos seguem um modelo genérico ou geral de conduta, com o objetivo de não serem criticados ou postos a margem da conduta tida como correta.

Desta forma valores como confiança, lealdade, respeito e a probidade devem ser disseminados e implantados na sociedade, para que esta, não venha ou, não tenha o desejo de cometer atos contrários a lei.

A busca inexorável pela justiça compele o Direito a observar e utilizar inúmeros princípios como substrato e, mesmo como elementos cerceadores de suas prescrições normativas. Como anteriormente se mencionou o princípio da boa-fé

¹⁶ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 120.

¹⁷ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 120.

objetiva por ser ponto convergente de valores essenciais as relações jurídicas, deve ser sempre fonte subsidiária do Direito. As prescrições normativas buscam sempre a resolução de conflitos ou, mesmo tolher a possibilidade de sua existência, desta forma ao se impingir os valores morais e éticos trazidos pelo princípio em estudo, torna mais fácil a consecução e a concretude desta finalidade do direito.

O princípio da boa-fé objetiva traz consigo inúmeros preceitos. Outrossim, encontra-se atrelados ao princípio da boa-fé objetiva, outros que inquestionavelmente são de enorme importância para o Direito, como por exemplo: o princípio da equidade. A equidade, em breve análise conceitual coloca-se como o princípio que prima pela isonomia entre as partes, pela paridade. O princípio da equidade busca impedir que em uma relação jurídica haja uma desproporcionalidade entre as partes, ou seja, que uma das partes seja favorecida em face da outra.

Compete salientar que, as funções interpretativa, integrativa ou supletiva e controladora ou restritiva, englobam as outras funções trazidas pelo presente tópico.

1.3 – A boa-fé e sua análise conceitual no âmbito do Direito Civil

Em fase preliminar, é mister que se ressalte um conceito acerca da boa-fé objetiva, qual seja: é um princípio jurídico que prima pela efetivação da confiança, respeito, lealdade e responsabilidade.

A boa-fé se divide em duas formas a primeira é a boa-fé subjetiva, onde os valores morais e éticos buscados são particularizados, ou seja, não é uma norma de conduta, não possui efeito e caráter geral e sim a intenção do sujeito.

O segundo modelo de boa-fé é a objetiva (em especial a que se toma para o presente estudo). Esta modalidade tem como característica o perfil de norma de conduta, onde de certa forma impinge aos indivíduos sua observância. A boa-fé objetiva apresenta um modelo de conduta a ser seguida, não podendo os indivíduos deixar de observá-la. Em outras palavras este modelo possui um caráter “erga omnes” devendo ser observado por todos.

A lealdade é um valor que busca inviabilizar possíveis comportamentos desvirtuosos, onde uma das partes deixa de cumprir o que anteriormente se convencionou ou, mesmo abomine certas particularidades inerentes a avença. A

lealdade pleiteia ainda que não haja uma frustração de uma parte para com a outra, sendo ambas fiéis reciprocamente.

Nas relações do cotidiano, bem como nas relações jurídicas, devem ser sempre observados o respeito entre os sujeitos. A consideração mútua é condição essencial para se lograr êxito e harmonia nas aludidas relações, pois, para que se haja um limite de direitos e deveres entre as partes, se faz necessário precipuamente, que haja uma reverência entre as mesmas. Tal valor também toma corpo ou se concretiza por meio do princípio da reciprocidade, onde há uma paridade de direitos e deveres entre os sujeitos.

Segundo dispõe Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

É certo, ainda, que sob o pálio da boa-fé objetiva, promessas não cumpridas e legítimas esperanças frustradas, também nas relações familiares, geram sofrimento, tristeza, vexame e humilhação, que são ensejo ao dano moral indenizável e à devida reparação patrimonial.¹⁸

Por fim descreve-se a responsabilidade das partes uma para com a outra. Algo que para o direito positivo e para o direito costumeiro é de extrema relevância, uma vez que para se atribuir uma obrigação ao sujeito, este deve ser dotado capacidade civil, e por conseguinte assumir a mesma.

Assim dispõe Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

Pode-se dizer em suma, que, em sentido objetivo, a boa-fé é um princípio jurídico consubstanciado no dever das partes de uma relação jurídica em comportar-se com retidão, honradez, lealdade e preservando a confiança e expectativas criadas. Trata-se, concretamente, de uma atuação refletida, respeitando os interesses legítimos e expectativas razoáveis dos demais membros da relação jurídica. Portanto, a boa-fé age de forma a limitar a vontade individual e controlar o exercício de posições jurídicas, combatendo a lesão, a desvantagem exagerada e o abuso de direito.¹⁹

¹⁸ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. In: *O Princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 100.

¹⁹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 107.

Em suma o princípio da boa-fé objetiva enquanto norma de conduta busca compelir os indivíduos a um comportamento correto, em consonância com o que se acredita ser certo. Tem ainda a finalidade de vedar condutas que possam dar gênese a futuras alterações ou dissidências nas relações, viabilizando ainda a promoção e todos os valores trazidos pelo referido princípio (confiança, lealdade e respeito), bem como a promoção de princípios atrelados ao da boa-fé objetiva, dentre os quais se destacam: a probidade e a equidade. Ultimando-se os escopos da boa-fé objetiva, narra-se a promoção da justiça nas relações jurídicas, isto posto, se observados os valores prescritos pelo princípio da boa-fé objetiva.

CAPITULO II - A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O princípio da boa-fé como anteriormente se verificou, possui duas espécies, quais sejam: a boa-fé objetiva e a subjetiva. A primeira espécie citada abarca valores como a confiança e lealdade, sendo esta imposta a toda e qualquer relação patrimonial e afetiva; já a boa-fé subjetiva é munida de princípios e valores morais e éticos de cunho particular ou privativo.

Segundo dispõe Judith Martins Costa:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.²⁰

Descreve ainda a autora acerca da boa-fé objetiva:

A boa-fé objetiva como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do "alter", visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.²¹

Urge ressaltar para o presente trabalho monográfico, que a boa-fé objetiva tem condão obrigatório para todas as relações, inclusive as do direito de família em sua vertente patrimonial e afetiva.

²⁰ COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1.ed., São Paulo: Editora: Revista dos tribunais. 2000, p. 411.

²¹Ibidem,p. 412.

2.1 – O conteúdo do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares

O princípio da boa-fé objetiva possui como elementos formadores ou constituintes valores morais e éticos, de indispensável aplicação. É possível citar: confiança, respeito e lealdade, tendo estes aplicação plena a todas as relações intersubjetivas. O princípio da boa-fé objetiva se pauta, enquanto regra geral pela colaboração, lealdade e respeito entre as partes. Este princípio busca impor segurança às relações, além de impedir que uma expectativa anteriormente gerada seja frustrada. Cabe aduzir que a boa-fé objetiva não pode ser usada como fundamento genérico para todas as ilicitudes, ficando cerceada ou atendo-se à tutela dos valores que a constituem.

O princípio da boa-fé objetiva compele às partes um comportamento coeso, sendo promovido tal princípio como uma obrigação às partes. Desta forma os sujeitos são possuidores de deveres, sendo estes a obediência os valores incrustados ao princípio de boa-fé.

Prescreve neste sentido Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

A obrigação é, na sua essência, um “vínculo”, um liame ou laço, como está na origem do próprio termo. Assim podemos dizer que a simples identificação da existência de um “vínculo” ligando dois sujeitos na sociedade e na família pode, portanto, indicar, caso este vínculo seja juridicamente relevante, a existência de obrigações (deveres na sua essência) para estes sujeitos.²²

Sucintamente, entende-se que os elementos constituintes do princípio da boa-fé objetiva (conteúdo do princípio da boa-fé) encontram promoção por meio do preenchimento de expectativas anteriormente causadas, não deixando de observar jamais a confiança e a lealdade recíproca, que em regra são os elementos de maior importância (esses dois, uma vez satisfeitos promovem diretamente a responsabilidade e o respeito). Anuindo ao que anteriormente se averbou, discorre Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

²² GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 136.

Uma vez delineando o panorama geral do princípio da boa-fé objetiva nas relações familiares, podemos dizer, em síntese, que o preenchimento do conteúdo de tal princípio jurídico se faz por meio dos deveres de colaboração, lealdade, cuidado e preservação da confiança despertada. Trata-se, pois, de estabelecer uma conceituação específica e autônoma para a boa-fé objetiva nas relações familiares. De todo o modo, em que pese a existência, em certa medida, de coincidência axiológicas entre os interesses tutelados na esfera contratual e na familiar, buscou-se, a partir desta análise, estabelecer *standards* de comportamentos específicos destinados aos membros do grupo familiar.²³

Em suma, a lealdade, a confiança, o respeito e responsabilidade perfazem o conteúdo do princípio da boa-fé objetiva.

2.2 – A boa-fé objetiva e o valor jurídico da confiança no Direito das Famílias

Em toda relação intersubjetiva são criadas expectativas de uma parte em relação a outra, tais expectativas são oriundas da idéia de que a parte contrária irá agir dentro de um padrão esperado e coeso de comportamento, não vindo desta forma a frustrar as expectativas despertadas.

Em análise conceitual tem-se confiança como sinônimo de credibilidade prévia, certeza de que o outrem agirá de forma esperada. No mesmo sentido discorre Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

Em termos gerais, podemos dizer que a confiança é um dever jurídico de não serem realizados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas nas outras pessoas. Trata-se, pois, da efetivação material do princípio da boa-fé objetiva por meio de um paradigma de conduta pautado na preservação da confiança alheia.²⁴

Em linhas gerais a confiança pleiteia a manutenção de uma expectativa causada, de uma parte com a outra. Desta forma, a idéia de confiança traz a baila o

²³ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 140 - 141.

²⁴ *Ibidem*, p. 141.

conhecido *venire contra factum proprium*, o qual encontra perfeita definição na obra de Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

A rigor, a proibição do comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só. Tem-se por razoável e justa a proibição da incoerência quando a contradição dos próprios atos possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhe prejuízos.²⁵

Observa-se com a cognição do conceito de *venire contra factum proprium* acima esboçado, que a confiança a que diz respeito ao princípio da boa-fé objetiva, expande seus focos analíticos para o ato, para a conduta do indivíduo, deixando de observar tão somente elementos subjetivos.

Trazendo-se a atenção do presente estudo para o objeto do presente trabalho, é possível observar uma proteção à lealdade, afetividade e colaboração entre os entes da família.

2.3 – A boa-fé objetiva e a proibição do comportamento contraditório

Cabe ressaltar para fins explicativos que o princípio da boa-fé objetiva se aplica ao direito das famílias por meio da vertente patrimonial, ou seja incidindo sobre as relações negociais realizadas entre pessoas de uma mesma entidade familiar. Assim dispõe Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

A boa-fé objetiva pode ser efetivada nas relações familiares por meio da responsabilidade civil, tendo por pressuposto o ato ilícito, o qual é identificado por uma ação ou omissão de um dos membros do grupo familiar que causa no outro um dano ao seu patrimônio, ou indo mais além, à sua dignidade e personalidade.²⁶

²⁵ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 148.

²⁶ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. In: *O Princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 100.

Como anteriormente se suscitou, há uma geração de expectativas nas relações intersubjetivas, ou seja, um agente desperta no outro certas certezas e confiança. Desta forma a boa-fé objetiva é um princípio que busca obrigar as partes ao cumprimento de tais expectativas. Corroborando a esta afirmativa, encontra-se a figura do *venire contra factum proprium*, o qual em sede preliminar se transcreveu sucinto conceito.

Genericamente, a confiança e a lealdade prescritas pelo princípio da boa-fé possui um viés obrigatório, onde as partes ficam impedidas de exercer comportamento avesso ao esperado.

Segundo dispõe Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

É bem verdade, que o que se pretende evitar com a proibição do *venire contra factum proprium* é que a parte da relação jurídica adote um padrão de comportamento não esperado naquela situação específica. Em razão de diversos fatores, não se pode admitir que, em um momento, a postura tomada até então seja contrariada, violando direitos da outra parte.²⁷

Em paridade ao conceito supra-citado encontra-se na obra de Anderson Schreiber:

Significa isto dizer, em apertada síntese, que alguém que comporte em certo sentido, não pode vir a contrariar, posteriormente, este comportamento inicial, lesando a legítima confiança despertada em outrem, sob pena de violação à boa-fé objetiva.²⁸

De mesma forma observa-se o seguinte exemplo:

É de se notar que a situação do pai que voluntariamente realiza o registro de uma criança que não é sua filha biológica se enquadra no conceito do *factum proprium* capaz de ensejar a legítima confiança do menor, que se mostra ainda mais evidente em razão dos laços afetivos cultivados durante

²⁷ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 149.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. In: *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. Anais do V congresso Brasileiro de direito de família*. Coordenado Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thamposon, 2006, p. 132.

o tempo de convivência. A confiança nasce do cuidado, do afeto, da proteção e do apoio irrestrito, sendo um estado de fato, objetivamente verificado. Por outro lado, o genitor, ao negar a paternidade e querer anular o registro voluntariamente realizado, demonstra uma postura situada exatamente no contexto do comportamento contraditório, principalmente se levarmos em consideração a afetividade nascida do relacionamento. Não há como negar relevância jurídica ao reconhecimento espontâneo e ao relacionamento paterno filial mantido entre as partes, de forma que a manutenção do registro, além de privilegiar a filiação socioafetiva, vai ao encontro do princípio da boa-fé objetiva, tutelando a confiança e as expectativas legítimas despertadas no menor.²⁹

Em síntese a proibição de um comportamento contraditório tem por objetivo inviabilizar que seja frustrada uma expectativa causada de uma parte a outra.

2.4 – A boa-fé objetiva como fundamentação para a vedação ao enriquecimento sem causa ou ilícito no Direito das Famílias

A boa-fé objetiva como se analisou no decorrer da leitura do presente trabalho, pode ser aplicada quando houver o cometimento de um ato ilícito, ou para impedir que este aconteça. Impende ressaltar, que o ato ilícito a que deu causa a aplicação de tal princípio deve ter um liame como o desrespeito a confiança e a lealdade imposta às partes. Destaca-se para o presente tópico a aplicação da boa-fé objetiva como fundamentação para a vedação do enriquecimento ilícito.

Denota-se enriquecimento ilícito como sendo aquele sem causa, as custas do prejuízo de outrem.

O enriquecimento ilícito ou sem causa, está previsto no *caput* do artigo 884 do CC/02: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.³⁰

O enriquecimento ilícito ou sem causa, lesa o patrimônio de uma pessoa, causando-lhe considerável prejuízo. Este prejuízo converte-se em um ganho ou um acréscimo do patrimônio daquele agente que o promove.

²⁹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 151.

³⁰ *Vade Mecum Compacto de Direito. Código Civil de 2002/* Antonio Luiz de Toledo Pinto, org et al, 1. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 207.

Em síntese estreita, a negação ao enriquecimento sem causa, tendo por consequência a determinação de restituição da vantagem, visa a punir aquele que infringiu os deveres atinentes à boa-fé objetiva no direito de família e causou prejuízo à pessoa a quem devia lealdade e respeito em decorrência de vínculos familiares. Por outro lado, resguarda e restabelece a situação daquele que ficou prejudicado em razão de uma determinada relação familiar.³¹

Em suma o princípio da boa-fé busca de um lado tolher a existência de um ato ilícito, funcionando desta forma como medida de prevenção. Todavia funciona como um “remédio”, quando este ato ilícito já tenha se concretizado.

2.5 – Diferenças entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva no Direito das Famílias

A princípio é mister relembrar que o princípio da boa-fé busca efetivar valores como confiança, respeito e lealdade, impingindo aos agentes um comportamento coeso, não permitindo que esses extrapolem, transcendam os limites da ética e da moral impostas pela sociedade.

É de indubitável importância aduzir, outrossim, que o princípio da boa-fé se bifurca em duas modalidades. A primeira, a boa-fé objetiva consiste em um modelo de comportamento geral, com efeito *erga omnes*. É possível citar como principais valores tutelados por esta modalidade, a lealdade e a confiança. A boa-fé objetiva é aplicada em todas as relações jurídicas, familiar-patrimoniais – e em todas e qualquer relações intersubjetivas. Consiste esta em um modelo de conduta a ser seguido. Para Carlos Roberto Gonçalves:

A boa-fé objetiva constitui um modelo jurídico, na medida em que se reveste de variadas formas. Não é possível catalogar ou elencar, *a priori*, as hipóteses em que ela pode configurar-se, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. No entanto, essa imprecisão se mostra

³¹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 163.

necessária, num sistema aberto, para que o intérprete tenha liberdade de estabelecer o seu sentido e alcance em cada caso.³²

No que tange a boa-fé subjetiva, é possível que se entenda como sendo aquela particular, que tutela valores individuais, possuindo efeito para um determinado sujeito. A boa-fé subjetiva, esta imanente a intenção do agente, ou seja há de se observar a real vontade do indivíduo.

Segundo dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

Boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual da parte ao agir em conformidade ao direito, sendo aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.³³

Logo, tem-se que o princípio da boa-fé objetiva tutela as relações familiares e coloca um modelo de conduta a ser seguido pelas partes.

2.6 – A boa-fé objetiva nas relações existenciais do direito das famílias

O princípio da boa-fé como se aduziu nos capítulos anteriores do presente estudo, pode ser objetivo ou subjetivo. É importante frisar que a boa-fé incide sobre a seara das relações familiares de forma a promover ambiente harmônico e pautado na equidade entre as partes.

Nota-se que a boa-fé pode incidir sobre três situações distintas. A primeira situação a que se destina, são as relações afetivas de família. Em si tratando das relações afetivas, podem ser estas entendidas como as que se abstém ao um

³²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro. v. III. Contratos e atos unilaterais. 5. ed.*, São Paulo: Saraiva, 2008, p.36.

³³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro. v. III. Contratos e atos unilaterais. 5. ed.*, São Paulo: Saraiva, 2008, p.34.

âmbito negocial, que não possuem um viés econômico, tratando basicamente de sentimentos. A esse respeito prescreve Anderson Schreiber:

A primeira diz respeito aos inúmeros conflitos de direito de família em que, mesmo diante de referência nominal à “boa-fé objetiva” ou de alusão simplesmente à “boa-fé”, o conceito vem aplicado em sua acepção subjetiva ou psicológica. Assim, por exemplo, referem-se à boa-fé subjetiva as decisões que tratam de presunção de boa-fé da mãe com relação à motivação da viagem com o filho ao exterior, ou ainda da boa-fé do cônjuge em casamento putativo. Não há dúvida que, em casos assim, a boa-fé tem aplicação; mas, se está, claramente, diante de boa-fé subjetiva, também chamada boa-fé psicológica, consistente na ausência de malícia e no desconhecimento pelo sujeito dos vícios incidentes sobre o ato que se pratica.³⁴

Observa-se como segunda possibilidade de ingerência da boa-fé na vertente patrimonial familiar. Sucintamente pode-se dizer que são os negócios realizados entre pessoas pertencentes a uma mesma entidade familiar.

A segunda situação freqüentemente inserida sob o signo da “boa-fé objetiva em relações de família” é aquela em que, embora aplicando-se efetivamente a boa-fé em seu sentido objetivo, não se está diante de uma relação de família propriamente dita, mas tão somente de uma relação negocial situada em um contexto de direito de família. Assim, por exemplo, as decisões que analisam o efeito vinculante dos chamados ajustes de divisão de bens celebrados “por fora” no momento da dissolução da união conjugal. Em tais hipóteses, a relação que se examina tem natureza obrigacional, patrimonial, não restando dúvida quanto à aplicabilidade da boa-fé objetiva, como é natural a um conceito concebido e aperfeiçoado no direito das obrigações. O contexto do direito de família, embora possa interferir na decisão do conflito concreto, não afasta, certamente, a incidência da cláusula geral em virtude da própria natureza da controvérsia.³⁵

Findando o rol de situações (do direito das famílias) as quais se aplica o princípio da boa-fé objetiva, têm-se as relações existenciais. Tais relações podem ser resumidas como todas aquelas do cotidiano familiar. Aquelas que diuturnamente ocorrem ou que apenas em dados períodos acontecem; como exemplo pode-se

³⁴ SCHREIBER, Anderson. In: *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Anais do V congresso Brasileiro de direito de família. Coordenado Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thamposon, 2006, p. 137.

³⁵ Ibidem, p. 138.

citar, o sistema de visitas, quando os cônjuges se encontram separados e logicamente da relação obtiveram um filho. Em suma a boa-fé incide sobre essas relações buscando viabilizar a harmonia e impedir que hajam comportamentos agressivos ou mesmo quaisquer altercações no âmbito familiar.

Segundo prescreve Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

Ademais, o descaso, o desinteresse, a irresponsabilidade e o abandono afetivo dos pais em relação aos filhos menores nos levam a inferir que há um descumprimento dos deveres impostos pela boa-fé objetiva em razão do exercício do poder familiar. Logo, na relação paterno-filial, a boa-fé objetiva, sob o enfoque da afetividade, estabelece uma atuação positiva e responsável, visando à preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.³⁶

Logo, é possível observar que o princípio da boa-fé objetiva incide na vertente afetiva das relações familiares buscando promover a equidade entre os entes da família e impossibilitar que aquele hipossuficiente fique desguarnecido. Por conseguinte ocorre o bem-estar de todos os entes da família e encontra-se resguardado o bem-estar e a harmonia.

Por fim, é pertinente ressaltar que a aplicação da boa-fé objetiva nas relações familiares tem por finalidade manter um ambiente de bem-estar, convivência pacífica e pautada na lealdade e confiança entre os entes familiares.

³⁶ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. In: *O Princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 102.

CAPITULO III - A BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS DE FAMÍLIA

É possível verificar após a leitura dos capítulos antecedentes, que a boa-fé objetiva se aplica nas relações familiares tanto na vertente afetiva e patrimonial.

Demonstra-se pertinente que se faça uma breve diferenciação entre relações patrimoniais comuns e relações patrimoniais do direito das famílias. As relações patrimoniais comuns bem como a de família, versam sobre os negócios realizados envolvendo um bem ou um patrimônio. Todavia nas relações de família não existe a figura do lucro, ou da satisfação unilateral, sendo cogente que exista a reciprocidade entre as partes, que haja uma satisfação mútua.

Os direitos familiares patrimoniais não devem ser entendidos no mesmo contexto dos direitos patrimoniais comuns. Apesar do conteúdo econômico dos efeitos produzidos em algumas relações familiares, o lucro, a vantagem e a satisfação única de interesses particulares devem ser completamente afastados do universo da família contemporânea, que há muito deixou de ser vista como uma unidade de produção ou uma instituição de proteção do patrimônio adquirido.³⁷

Em síntese, nas relações patrimoniais de família ocorre uma preocupação com a entidade familiar, em não apenas com uma pessoa. Neste sentido a boa-fé objetiva é aplicada nessas relações como elemento mantenedor do bem estar e da harmonia de toda a família, não havendo primazia dos interesses de um ente em detrimento do outro. Desta forma a boa-fé impede ainda que um ente da família tenha um comportamento desleal para com outro, e venha a onerar, por conseguinte o patrimônio deste último.

Nesta perspectiva, a boa-fé objetiva, mesmo que na esfera patrimonial das relações jurídicas familiares, tem a função de manter um ambiente familiar privilegiado para a promoção da dignidade de seus membros. Ou seja, a solidariedade, a proteção mútua, o respeito e a consideração são atributos

³⁷ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 176.

da família a serem atingidos não apenas nas relações existenciais do direito de família, mas também no que concerne aos vínculos de cunho patrimonial. Para tanto, a boa-fé objetiva deve, de um lado, impor deveres de conduta e, de outro, estabelecer conseqüências jurídicas para a hipótese de descumprimento de tais deveres, tudo em estrita consonância com o valor da dignidade da pessoa humana.³⁸

É importante ressaltar ainda que o princípio da boa-fé objetiva impede que ocorra uma sujeição de um ente em face do outro. Mais uma vez encontra-se resguardado a equidade entre os componentes.

Analisando alguns efeitos concretos da boa-fé objetiva nas relações patrimoniais de família, firmamos o nosso entendimento de que a situação de extrema sujeição patrimonial de um dos cônjuges em relação ao outro, estabelecida no pacto antenupcial, pode vir a representar uma violação ao princípio jurídico da boa-fé objetiva.³⁹

Em suma o princípio da boa-fé objetiva avoca o princípio da equidade entre as partes, vedando qualquer sujeição de um sujeito ao outro, e dando eficácia à lealdade, confiança e respeito.

3.1 – A boa-fé objetiva na escolha e na alteração do regime matrimonial de bens

A boa-fé objetiva encontra aplicabilidade na instituição do casamento, como adiante se verificará.

A princípio cabe ressaltar que, anteriormente a realização do casamento os nubentes devem realizar ou eleger um regime de bens. Entende-se que o regime de bens é a forma pela qual cada cônjuge irá gerir e usar determinado bem. Neste sentido prescreve Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

³⁸ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 176.

³⁹ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. In: *O Princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 101.

Em primeiro momento, entende-se por regime de bens o conjunto de regras que visa a disciplinar as relações patrimoniais entre os cônjuges, no que concerne à propriedade, disponibilidade, administração e ao gozo de seus bens. Em outras palavras, trata-se do “estatuto patrimonial” que começa a vigorar desde a data do casamento ou, conforme sintetiza Silvio Rodrigues, “do estatuto que regula os interesses patrimoniais dos cônjuges durante o matrimônio”.⁴⁰

O casamento, por se tratar de ato voluntário, onde prevalece a autonomia das vontades das partes, não impõe as partes que optem por umas das formas de regime elencadas pelo código civil de 2002. O que se nota é a oferta de uma liberalidade, para que os nubentes escolham ou estabeleçam uma forma de regime. Entende ainda ressaltar que tal liberdade concerne as formas de regime; contrário senso possui um condão obrigatório a existência de uma forma de regime, seja ela determinada pela legislação ou formulada pelas partes. O artigo 1.639 estabelece:

É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.⁴¹

Entende ressaltar, que em casos excepcionais a lei prescreve a aplicação de um regime específico. Desta forma, reporta o artigo 1641 do Código Civil de 2002.

É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II - da pessoa maior de sessenta anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.⁴²

⁴⁰ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 177.

⁴¹ Vade Mecum *Compacto de Direito. Código Civil de 2002*/ Antonio Luiz de Toledo Pinto, org et al, 1. ed., São Paulo:Editora Saraiva, 2009, p. 190.

⁴² Vade Mecum *Compacto de Direito. Código Civil de 2002*/ Antonio Luiz de Toledo Pinto, org et al, 1. ed., São Paulo:Editora Saraiva, 2009, p. 191.

Corroborando a prescrição do supra diploma legal encontramos a idéia de Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

Em todo casamento, faz-se necessária a existência de um regime de bens, sendo ele, como regra, livremente escolhidos pelos cônjuges (CC, art. 1639) ou, em determinadas situações, imposto na lei (CC, art. 1641). Desta feita, salvo algumas exceções, os noivos podem deliberar o que quiserem e da forma que melhor lhes aprouver sobre os seus bens, conforme dispõe o caput do art. 1639 do Código Civil: *“É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”*⁴³

É possível notar que o princípio da boa-fé objetiva encontra aplicabilidade no instituto do casamento, no tocante à liberdade de escolha do regime. Como anteriormente se observou, os cônjuges possuem liberdade de escolha no regime, todavia eles não poderão abdicar ao princípio da boa-fé objetiva, pois este tem o poder de traçar contornos ou cercear a liberdade dos nubentes, com a finalidade de resguardar e manter a lealdade e a confiança entre estes.

É exatamente nesta autonomia de se estabelecer os efeitos patrimoniais do casamento que deve incidir o princípio da boa-fé objetiva. Apesar de o art. 1640 do Código Civil não fazer qualquer restrição à manifestação de vontade dos cônjuges, que são livres para estipular os efeitos patrimoniais do casamento, o dever das partes de agir com lealdade na escolha do regime de bens não pode ser esquecidos, tanto o que se refere aos cônjuges entre si quanto na relação dos cônjuges com terceiros.⁴⁴

No mesmo sentido, deve-se observar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos casos de modificação do regime. Para que um regime seja observado, este deve incorrer sem prejuízo a terceiro, ou mesmo a um dos cônjuges (situação penosa, humilhante).

Em suma, a modificação do regime de bens deve atender aos anseios da família, sendo certo que qualquer prejuízo aos interesses de terceiros, ou,

⁴³ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 178.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 179.

mesmo, ao interesse de um dos cônjuges, colocando-o em situação de extrema penúria ou em excessiva desvantagem, é suficiente para obstar o pedido. De fato, deve-se fomentar a lealdade e a colaboração recíprocas entre os cônjuges para que um não seja colocado em situação de extrema desigualdade em relação ao outro, o que, dependendo da situação, pode configurar um abuso de direito a ser limitado pelo princípio da boa-fé objetiva.⁴⁵

Enfim, infere-se que o princípio da boa-fé objetiva em momento algum (escolha do regime e modificação) deixou de ser aplicado. Nota-se, outrossim, que este figurou como limitador da autonomia da vontade das partes, galgando mais uma vez a efetivação da lealdade e confiança entre as partes.

3.2 – A confiança nas relações familiares patrimoniais

Após a análise do conceito de boa-fé objetiva realizado nos capítulos anteriores, é possível observar que tal princípio busca efetivar a confiança e a lealdade.

Especialmente para esta parte do estudo, será levada em conta a confiança. Entende-se que esta é a certeza de que algo ocorrerá de uma forma esperada, há uma crença na concretização de uma expectativa anteriormente esperada.

Ou seja, a atividade jurídica protege a confiança depositada na conduta esperada entre os indivíduos, no âmbito negocial ou não. Neste quadrante, “confiar é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades”.⁴⁶

Pleiteando a efetivação da confiança nas relações familiares, é trazido a baila o *venire contra factum proprium*. Tal expressão consiste em síntese, na vedação de um comportamento contraditório, ou seja, tolhe a possibilidade de um mesmo sujeito

⁴⁵ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 183.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de, Nelson Rosenvald. *Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 77.

realizar comportamentos antagônicos, e frustrar em razão deste ato a expectativa que causara em outrem. Para Anderson Schreiber, citado no texto de Marcelo Colombelli Mezzomo:

O nemo potest venire contra factum proprium representa, desta forma, instrumento de proteção a razoáveis expectativas alheias e de consideração dos interesses de todos aqueles sobre quem um comportamento de fato possa vir repercutir. Neste sentido, o princípio de proibição ao comportamento contraditório insere-se no núcleo de uma reformulação da autonomia privada e vincula-se diretamente ao princípio constitucional da solidariedade social, que consiste em seu fundamento normativo mais elevado.' (A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança venire contra factum proprium..⁴⁷

De forma complementar, apresenta-se a seguinte idéia:

A rigor, a proibição do comportamento contraditório não tem por fim a manutenção da coerência por si só. Tem-se por razoável e justa a proibição da incoerência quando a contradição dos próprios atos possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhe prejuízos. É levantada a expectativa de que o comportamento inicial será mantido e, ao final, ela resta frustrada, causando danos. Sendo assim, é certo que uma vez ausente essa expectativa, ausente também o atentado à sua legítima confiança, de forma que, neste caso, não há qualquer razão para que se imponha a quem quer que seja, coerência com um comportamento anterior.⁴⁸

A vedação do comportamento contraditório, busca impedir que um segundo comportamento avesso ao primeiro venha causar prejuízos a parte. É tamanha importância de tal vedação, que em ocorrendo esta, encontra-se a viabilidade para uma sanção, qual seja: indenização por perda e danos. O artigo 927 do Código Civil estabelece:

⁴⁷ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *A boa-fé objetiva e seus institutos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1212, 26 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9087>>. Acesso em: 13 de outubro de 2010, p. 269-270.

⁴⁸ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009 p. 148 - 149.

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁴⁹

Logo, a confiança encontra-se protegida pelo *venire contra factum proprium*. A vedação de um comportamento contraditório propicia ainda maior segurança nas relações patrimoniais familiares, além de impedir possíveis dissidências oriundas desta diversação comportamental.

3.3 – A irrenunciabilidade alimentar e a boa-fé objetiva

A aplicação da boa-fé objetiva incide ainda nas relações patrimoniais, no que tange a prestação de alimentos.

Precipualemente, a lei descreve como carecedor de alimentos, aquele que por suas próprias forças e trabalho, não possa realizar o seu sustento. Nesse sentido o artigo 1.695 do Código Civil de 2002 estabelece:

São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.⁵⁰

O ponto controvertido avocado neste tópico, versa sobre a irrenunciabilidade dos alimentos. De um lado, encontra-se a lei, que prescreve a irrenunciabilidade de tal direito. O artigo 1.707 do Código Civil estabelece: “Pode o credor não exercer,

⁴⁹ Vade Mecum *Compacto de Direito. Código Civil de 2002/* Antonio Luiz de Toledo Pinto, org et al, 1. ed., São Paulo:Editora Saraiva, 2009, p. 210.

⁵⁰ Vade Mecum *Compacto de Direito. Código Civil de 2002/* Antonio Luiz de Toledo Pinto, org et al, 1. ed., São Paulo:Editora Saraiva, 2009, p. 282.

porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”⁵¹

Assim, encontramos posicionamento controvertido na jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. VERBA PLEITEADA AO EX-CONVIVENTE. ACORDO FIRMADO NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO. RENÚNCIA TAXATIVA AO DIREITO DE PENSIONAMENTO. VALIDADE E EFICÁCIA DO ATO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

"O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou a dissolução da 'união estável'. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de direito de família" (Enunciado n. 263 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil).⁵²

De forma antagônica, encontra-se o posicionamento doutrinário. Este possui um viés destoante ao apresentado pela lei, primando pela possibilidade da renúncia dos alimentos. A argumentação usada pela doutrina baseia-se na efetivação do princípio da boa-fé subjetiva, pois uma pessoa poderia se valer da irrenunciabilidade prescrita pela lei e pleitear sem necessidades alimentos ao outro cônjuge.

Significa dizer, pois que, por meio da admissibilidade da renúncia livremente declarada pelo cônjuge ou convivente, preserva-se o valor jurídico da vontade manifestada pelas partes por ocasião da separação judicial ou da dissolução da união estável e, por outro lado, garante a elas uma situação de segurança e estabilidade condizente com os parâmetros do princípio da boa-fé objetiva. Em razão da natureza patrimonial do direito a alimentos e sendo as partes maiores e capazes, não há qualquer sentido na restrição imposta na lei, podendo, pelo contrário, gerar um abuso indevido no exercício de um direito reconhecido.⁵³

A possibilidade de renúncia defendida pela doutrina, veda por meio da aplicação da boa-fé objetiva a possibilidade de ocorrência do enriquecimento ilícito

⁵¹ Vade Mecum Compacto de Direito. Código Civil de 2002/ Antonio Luiz de Toledo Pinto, org et al, 1. ed. São Paulo:Editora Saraiva, 2009, p. 282.

⁵² <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9047713/apelacao-civel-ac-71457-sc-2010007145-7-tjsc/inteiro-teor> acesso em 08 de novembro de 2010.

⁵³ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 201.

de uma das partes, que baseando-se na irrenunciabilidade avocada pela lei, poderia realizar atos de ilícitos.

De fato, a boa-fé impõe às partes os deveres objetivos de lealdade e de cooperação, os quais são mantidos até mesmo após o rompimento da união. Deve-se observar, todavia, que estes deveres não podem ser tão amplos a ponto de levar à total retirada de eficácia jurídica das manifestações de vontade no direito de família, sobretudo se uma das partes é colocada em uma situação indefinida e ilimitada de sujeição em relação à vontade da outra.⁵⁴

Percebe-se que ambos os posicionamentos apresentados possuem considerável substrato. A irrenunciabilidade visa assegurar um direito adquirido. Já a renunciabilidade busca tolher o enriquecimento ilícito e por conseguinte a má-fé. Ao se analisar pelo prisma da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, parece ser a renunciabilidade uma forma concreta de efetivar tal princípio e conseqüentemente a lealdade. Assim, estabelece o artigo 1.694 do Código Civil:

Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.⁵⁵

Em suma, para que seja arbitrado alimentos, é mister observar a possibilidade real do prestador, e de igual forma a necessidade daquele que irá receber. Uma vez observada a possibilidade/necessidade, torna-se mais difícil que o patrimônio seja onerado injustamente, e que haja um enriquecimento sem causa.

⁵⁴ GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 201.

⁵⁵ Vade Mecum *Compacto de Direito. Código Civil de 2002*/ Antonio Luiz de Toledo Pinto, org et al, 1. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 282.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, apresentamos a Boa-fé objetiva e sua possibilidade de aplicação nas relações patrimoniais e existenciais de família, tendo sua aplicação favorável devido aos entendimentos de doutrinadores e do STJ (Superior Tribunal de Justiça).

No primeiro capítulo discorreu acerca do princípio da boa-fé objetiva do direito civil, sendo possível notar que tal princípio contém valores essenciais a toda e qualquer relação intersubjetiva. O princípio da boa-fé objetiva a trazer a responsabilidade, respeito, lealdade e confiança e impor aos indivíduos sua observância gera reflexos na formulação dos princípios jurídicos familiares.

Notou-se ainda que a boa-fé possui três funções específicas, qual seja a função interpretativa, a função integrativa e a função controladora ou restritiva. Logo é possível perceber que o princípio da boa-fé objetiva tem por finalidade resguardar a lealdade e a confiança entre as partes e promover a segurança do negócio.

O princípio da boa-fé objetiva encontra aplicabilidade também no direito das famílias tanto na vertente patrimonial quanto na vertente afetiva. O referido princípio busca manter a harmonia entre os entes de uma família e impossibilitar que por meio do abuso da confiança um cometa ato ilícito para com o outrem. Como anteriormente se aduziu, a boa-fé traz em seu conteúdo inúmeros valores, todavia é possível se dizer que a lealdade e a confiança são os dois que mais se impõe aos indivíduos (boa-fé objetiva). A confiança representa um valor de tamanha importância que se observa a existência do *venire contra factum proprium*, expressão que representa a impossibilidade de um comportamento contrário ao que dera gênese a uma expectativa. Desta forma não será possível uma pessoa frustrar as expectativas causadas a outrem.

No mesmo sentido o princípio da boa-fé pleiteia impedir o cometimento de outros atos ilícitos, tal como o enriquecimento ilícito (enriquecimento as custas do prejuízo de outrem).

Cabe ressaltar ainda que a boa-fé objetiva possui caráter cogente, ou ainda efeito geral. Quanto a boa-fé subjetiva, esta depende da intenção do sujeito, ficando a cargo desse discernir o certo do errado.

As relações familiares possuem como anteriormente se descreveu duas vertentes. A primeira é a vertente existencial, ou seja aquela que diz respeito a relações não negociais. Nesta vertente o princípio da boa-fé objetiva resguarda a harmonia entre os entes da família. Na vertente patrimonial, apresenta-se as relações econômicas ou negociais, incidindo a boa-fé sobre esta para impedir que um ente cause prejuízo ao outro.

O princípio da boa-fé objetiva incide ainda sobre a escolha do regime de bens em um casamento. No mesmo sentido o princípio da boa-fé bate de frente com a irrenunciabilidade dos alimentos trazida pelo artigo 1707 do Código Civil de 2002, uma vez que ao se observar a lealdade, aquele que necessitava de alimento e posteriormente passou a não mais ser carecedor, deveria renunciar ao direito de alimentos, para não cometer qualquer abuso ou deslealdade.

Em suma o princípio da boa-fé objetiva busca impor uma conduta coesa, leal e confiável aos indivíduos e impedir por conseguinte que sejam cometidos quaisquer atos ilícitos.

REFERÊNCIAS

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed., São Paulo: Editora: Revista dos tribunais. 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. v.3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed., São Paulo:Saraiva. 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v.5: direito de família 17. ed., atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002) São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. reformulado à luz do novo código civil. (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) 10. ed., São Paulo. Editora Saraiva. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de, Nelson Rosendal. *Direito das Famílias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. III. Contratos e atos unilaterais. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. VI: direito de família 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. In: *O Princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Belo Horizonte: IBDFAM. Porto Alegre: Magister, 2007.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9047713/apelacao-civel-ac-71457-sc-2010007145-7-tjsc/inteiro-teor> acesso em 08 de novembro de 2010.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *A boa-fé objetiva e seus institutos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1212, 26 out. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9087>. Acesso em: 13 de outubro de 2010 as 10:58 horas.

NERY JUNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. V: direito de família 17. ed., rev. e atual de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. V: direito de família 14. ed., rev. e atual de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SCHREIBER, Anderson. In: *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Anais do V congresso Brasileiro de direito de família. Coordenado Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IOB Thamposon, 2006.

Vade Mecum *Compacto de Direito*/ Antonio Luiz de Toledo Pinto e outros, organização. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

ANEXO

Apelação Cível n. 2010.007145-7, de Balneário Camboriú
Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. VERBA PLEITEADA AO EX-CONVIVENTE. ACORDO FIRMADO NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO. RENÚNCIA TAXATIVA AO DIREITO DE PENSIONAMENTO. VALIDADE E EFICÁCIA DO ATO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

"O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou a dissolução da 'união estável'. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de direito de família" (Enunciado n. 263 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.007145-7, da comarca de Balneário Camboriú (Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude), em que é apelante E. M. G., e apelado A. A. S.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se da Ação de Alimentos n. 005.08.050692-0, proposta por E. M. G. contra A. A. S., na qual aduziu, em síntese, que: a) conviveu com o réu por aproximadamente dezoito anos, relacionamento que terminou em meados do ano 2000; b) quando dissolvida a sociedade de fato, aforou ação de alimentos, autuada sob o n. 005.00.002238-6, em que ficou convencionada a sua renúncia ao pensionamento, enquanto o réu se comprometeu a arcar com as despesas de condomínio referentes ao apartamento pertencente ao filho deles, do qual é usufrutuária; c) a renúncia aos alimentos ocorreu em razão do comprometimento do réu em assumir as despesas com o condomínio, pois é doente, não pode exercer atividade laboral e, ainda que fosse saudável, já conta 53 (cinquenta e três anos), o que dificulta a sua colocação no mercado de trabalho; d) o réu descumpriu o acordo firmado, o que ocasionou a cobrança judicial do débito (autos n. 005.07.011886-2), o que lhe gerou constrangimento perante os demais condôminos, pois não tem

condições de suportar essa despesa; e) a renúncia não poderia ter sido homologada, por se tratar de direito indisponível, somente podendo haver a dispensa do pensionamento.

Requeru, diante disso, a fixação de alimentos em seu benefício.

Pugnou, ainda, a concessão do benefício da justiça gratuita, que foi deferido às fls. 34-35, ocasião em que foi indeferida a antecipação de tutela.

Após a citação do réu, foi proposta a tentativa de conciliação (fl. 50), sem êxito, contudo.

Ato contínuo, o réu apresentou resposta sob a forma de contestação (fls. 52-67), na qual alegou, preliminarmente, a carência da ação pela falta de interesse de agir. No que se refere ao mérito, argumentou, em suma, que: a) conviveu com a autora por aproximadamente dezesseis anos e, pela vontade desta, romperam a união, formalizando o ato por meio de instrumento particular de dissolução de sociedade de fato em 8-1-1998, tendo a autora dispensado a pensão; b) no ano de 2000, a autora propôs ação de alimentos e renunciou a obrigação alimentar, que foi mantida em relação ao seu filho; no entanto, foi-lhe destinado considerável patrimônio; c) antes de iniciada a convivência, a autora já exercia atividade remunerada, na condição de empresária, tendo expandido seus negócios no período da união e posteriormente também; d) a autora possui condição econômica favorável, por ser herdeira de vasto patrimônio, que será partilhado nos autos da ação de inventário de seus pais.

Em audiência de instrução e julgamento (fl. 118), foram inquiridas três testemunhas arroladas pelo réu (fls. 119-121).

As partes apresentaram alegações finais por memoriais (fls. 123-125 e 131-137).

Conclusos os autos, o MM. Juiz Substituto Iolmar Alves Baltazar, da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da comarca de Balneário Camboriú, proferiu sentença nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido contido na presente ação de alimentos . Em consequência, JULGO EXTINTO o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

CONDENO a autora ao pagamento dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.000,00 e das custas processuais, cujo pagamento ficará suspenso, enquanto persistir a condição de pobreza ou até o advento da prescrição quinquenal, face ao benefício da justiça

gratuita deferido à folha 35 (fls. 138-142).

Irresignada com o provimento jurisdicional, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 146-151), repisando a tese apresentada na inicial.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 155-164), ascenderam os autos a este egrégio Tribunal.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, que opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 170-171).

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do mérito recursal.

Insurge-se a apelante contra a sentença que julgou improcedente o pedido de alimentos formulado ao seu ex-companheiro.

Compulsando os autos, observa-se que a autora e o réu conviveram maritalmente por aproximados dezoito anos, e, em 10-4-2000, homologaram acordo de dissolução de sociedade de fato (fl. 9), momento em que a autora renunciou os alimentos. Todavia, sustenta que o réu descumpriu as obrigações assumidas quando houve o rompimento da dissolução da união estável, consistente no pagamento das despesas do condomínio, de cujo imóvel é usufrutuária com seu filho, estando em dificuldades financeiras; por essa razão, necessita receber os alimentos.

De início, salienta-se que a obrigação alimentar entre os cônjuges ou conviventes está calcada no dever de mútua assistência, disciplinado pelo inciso III do artigo 1.566 do Código Civil.

Maria Berenice, discorrendo sobre o tema, assevera:

O dever de mútua assistência atribuído aos cônjuges quando do enlace matrimonial é que dá origem à recíproca obrigação alimentar. A responsabilidade pela subsistência do consorte é um dos efeitos do casamento e independe da vontade dos noivos. Trata-se de ônus que surge na solenidade das núpcias, mas sua exigibilidade está condicionada ao término do casamento. Por isso, o encargo alimentar sempre foi reconhecido como uma seqüela do dever de assistência, que decorre de imposição legal (*Manual de Direito das Famílias*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 464).

Por oportuno, em relação ao dever de prestar alimentos, o Código Civil

estabelece, em seu art. 1.694, que:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Outrossim, é cediço que os alimentos têm por objetivo garantir ao alimentado a satisfação de suas necessidades básicas, conforme dispõe o art. 1.695 do Código Civil. Vejamos.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu próprio trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Portanto, para que seja possível a fixação de alimentos à ex-companheira, deverá esta demonstrar sua necessidade e a impossibilidade de prover, por si só, sua subsistência. Da mesma forma, deverá estar comprovada a possibilidade do alimentante em provê-los.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

A obrigação alimentar devida entre ex-conviventes está consubstanciada no dever de mútua assistência, devendo ser fixados os alimentos pelo julgador sempre que restar provada a incapacidade do alimentando de garantir sua subsistência e a possibilidade financeira do alimentante de prestar o auxílio reclamado, nos moldes do art. 1.694 do Código Civil (AI n. 2007.051440-7, de Blumenau, rel. Des. Edson Ubaldo, j. em 19-2-2008).

É lícito ao ex-cônjuge requerer alimentos do outro com fundamento na assistência mútua. Contudo, para não desvirtuar a verdadeira natureza jurídica da obrigação, faz-se necessária a comprovação de que o alimentando de fato esteja impossibilitado de prover, por seu esforço, sua subsistência, bem como das reais condições financeiras de quem, por direito, estaria obrigado a lhe prestar auxílio (Ap. Cív. n. 2008.033627-7, de Brusque, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 26-8-2008).

Do acordo firmado entre as partes e homologado em juízo (fl. 9), extrai-se que a autora, à época da dissolução da sociedade de fato, expressamente renunciou aos alimentos de seu ex-consorte, ora réu. No item nove do pacto, foi consignado, *ipsis*

litteris, que "a autora renuncia ao seu direito de alimentos".

Em primeira análise, é conveniente distinguir a renúncia da dispensa de alimentos. Enquanto esta não implica abdicação do direito, mas, sim, ausência do seu exercício, a renúncia é o ato declaratório em que a parte expressamente desiste do direito da prestação alimentícia.

Na lição de Yussef Said Cahali, "como a dispensa dos alimentos não implica abdicação do direito, mas apenas o seu não exercício, 'enquanto o renunciante se despoja de seu direito, o dispensante apenas deixa de exercitá-lo, podendo fazê-lo quando quiser se não se estipular prazo ou condição para seu exercício'; incorrendo renúncia aos alimentos, mas tão-somente sua dispensa, em decorrência de uma situação financeira que a tanto permitia, possível é a sua postulação, a qualquer tempo, desde que a mulher deles venha a necessitar futuramente e ocorram os pressupostos legais para o exercício desse direito" (*Dos Alimentos*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 325).

A esse respeito, o Código Civil estabelece ser defeso ao credor de alimentos abrir mão de seu direito, ao dispor em seu art. 1.707 do Código Civil:

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

No mesmo norte, é a Súmula n. 379 do STF, que assenta: No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.

Todavia, parte da doutrina entende que tais previsões legais somente se aplicam enquanto subsistentes vínculos entre os consortes. Assim, reconhece a validade da renúncia aos alimentos quando rompidos por completo os laços familiares, situação que ocorre com o divórcio e a dissolução da sociedade de fato, que é a hipótese dos autos.

Maria Helena Diniz corrobora:

"O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direito ou indireto) ou a dissolução da 'união estável'. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de direito de família" (Enunciado n. 263 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil) (*Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24 ed. reformulada. São Paulo: Saraiva,

2009, v. 5, p. 588).

Não destoa a jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RENÚNCIA REALIZADA QUANDO DA DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. TEMPO DECORRIDO. Com a dissolução da união estável em 1997, por meio de acordo celebrado nos autos da ação respectiva e, tendo as partes expressamente renunciado à prestação de alimentos, inviável o pedido de alimentos. Precedentes jurisprudenciais. APELO NÃO PROVIDO (TJRS, Ap. Cív. n. 70031764368, rel. Des. Cladir Fidelis Faccenda, j. em 24-9-2009).

ALIMENTOS. No caso da união estável, mesmo que não haja renúncia, o fim da relação sem que simultaneamente sejam fixados alimentos é situação equivalente à do divórcio, em que, rompido o vínculo, deixa de existir o principal pressuposto da obrigação alimentar. Por essa razão, a partir daí o pleito alimentar torna-se juridicamente impossível. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS, Ap. Cív. n. 70021162193, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 5-12-2007).

APELAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - DISSOLUÇÃO - RENÚNCIA - PEDIDO DE ALIMENTOS APÓS LONGO TEMPO DE EXTINÇÃO DO VÍNCULO - IMPOSSIBILIDADE. Se a ex-companheira renuncia a alimentos quando da dissolução da união estável, não pode pleiteá-los cerca de 14 anos depois de extinto o vínculo. Ao cônjuge ou companheiro não se aplica o art. 404 do Código Civil de 1.916, segundo inteligência do art. 396 do mesmo diploma legal (TJMG, Ap. Cív. n. 1.0701.04.079006-8/001, rel. Des. Wander Marotta, j. em 26-4-2005).

Ex-companheira - alimentos - Renúncia irrevogável e irretroatável - Posterior pretensão - Impossibilidade. A ex-companheira que renuncia de forma irrevogável e irretroatável aos alimentos por ocasião da dissolução da sociedade ou da união estável, por acordo devidamente homologado, não tem o direito de vir posteriormente a juízo pleiteá-los (TJMG, Ap. Cív. n. 1.0090.03.000005-4/003, rela. Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 6-12-2005).

Assim, uma vez que a autora foi taxativa em renunciar ao seu direito de alimentos no acordo que dissolveu a união estável mantida com o réu (fl. 9), tem-se a validade do ato, bem como a impossibilidade de formular pedido dessa natureza. Ademais, é conveniente mencionar que a dissolução da sociedade de fato ocorreu em 10-4-2000, ou seja, a autora formulou pedido de alimentos oito anos após o rompimento da convivência.

Outrossim, consoante bem ponderou o Magistrado sentenciante, "está comprovado que a autora, com a partilha dos bens, ficou com patrimônio considerável, que a possibilitou, inclusive, o exercício de atividade de empresária, não sendo justo, agora, que o réu continue a dispender recursos para a manutenção da autora, à míngua de obrigação decorrente do *jus sanguinis*" (fl. 141).

A propósito, conveniente o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves:

A resistência à referida súmula levou o Supremo Tribunal Federal a

restringir sua aplicação, mantendo a sua vigência, mas *com explicitação*: se, por ocasião da separação, a mulher, por exemplo, foi aquinhoadada com bens e rendas suficientes para a sua manutenção, não sabendo conservá-los, não poderá posteriormente vir a reclamar alimentos do ex-marido. Tal pretensão também somente se mostrará viável se atendidos os pressupostos legais, dentre eles o de ser inocente e desprovida de recursos (CC, art. 1.702) (Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. VI, p. 479).

Extrai-se do parecer ministerial à fl. 171:

Como bem consignado quando do julgamento da Apelação Cível n. 2005.037879-5, que teve como relator o digno Desembargador Joel Dias Figueira Júnior, Da não perpetuidade da obrigação alimentícia entre ex-cônjuges ou ex-companheiros advém o corolário da imprescindibilidade de cada um envidar todos os seus esforços para a manutenção de sua própria subsistência, não se admitindo que, em pleno século 21, prestigie-se o ócio de qualquer um deles em prejuízo do outro.

Portanto, atestada a validade e a eficácia do ato de renúncia do direito a alimentos praticado pela autora, reconhece-se a improcedência do seu pedido.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 30 de março de 2010, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Henry Petry Júnior. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 8 de abril de 2010.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 701.902 - SP (2004/0160908-9)

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : A L

ADVOGADO : JÚLIO CÉSAR MENEGUESSO

RECORRIDO : I C L

ADVOGADO : FELÍCIO HELITO JÚNIOR

EMENTA

Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade ativa.

- *A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo.*

- *Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente.*

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2005 (data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora

Documento: 579516 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 03/10/2005 Página 1 de 7

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 701.902 - SP (2004/0160908-9)

RECORRENTE : A L

ADVOGADO : JÚLIO CÉSAR MENEGUESSO

RECORRIDO : I C L

ADVOGADO : FELÍCIO HELITO JÚNIOR

Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RELATÓRIO

Recurso especial interposto por A. L. fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão exarado pelo TJ/SP.

Agravo de instrumento: interposto pelo recorrente contra decisão que, nos autos de ação de alimentos ajuizada pela ex-cônjuge I. C. L., ora recorrida, rejeitou preliminar de carência da ação, suscitada em contestação, e manteve os alimentos provisórios anteriormente fixados.

Sustenta o recorrente que, tendo a ex-cônjuge renunciado expressamente à percepção de alimentos em cláusula de acordo homologado por ocasião da separação consensual, é ela carecedora do direito de ação. Aduz ainda que é incabível a fixação de alimentos provisórios, devendo o pedido ser processado pelo rito ordinário.

Acórdão: negou provimento ao recurso, com a seguinte ementa: (fl. 128) - "*AÇÃO DE ALIMENTOS - Juízo 'a quo' que rejeitou a preliminar de carência suscitada na contestação e manteve os alimentos provisórios fixados 'initio litis' - Decisório que merece subsistir - Exame da presença das condições da ação que é de ser feito com abstração do fato da parte ter ou não o direito a que se atribui e de serem verdadeiros ou não os fatos articulados - Hipótese em que se aponta a ineficácia da renúncia pactuada em cláusula de separação consensual, máxime porque a promovente, com 50 anos de idade e sem formação profissional, não consegue emprego, descobrindo ainda que padece de câncer no aparelho reprodutivo - Pretensão condenatória deduzida que, em princípio, encontra supedâneo na regra do art. 404 do CC de 1916, vigente ao tempo do ajuizamento, bem como no enunciado da Súmula 379 do STF, razão pela qual não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido - Agravante que, de resto, cientificado da fixação dos alimentos provisórios, não manifestou sua insurgência oportunamente, sendo descabida, a esta altura, a pretendida revogação do provimento - Agravo não provido."*

Embargos de declaração: rejeitados (fls. 151/153).

Documento: 579516 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 03/10/2005 Página 2 de 7

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial: alega o recorrente dissídio jurisprudencial porque "*renunciando o cônjuge a alimentos, em acordo de separação, por dispor de meios próprios para manter-se, a cláusula é válida e eficaz, não podendo mais pretender seja pensionado*" (fl. 167).

Sustenta ainda:

- i) contrariedade e inaplicabilidade do art. 404 do CC/16, por ser o acordo um ato jurídico perfeito, pertencente ao direito das obrigações, o que obsta à ex-cônjuge renunciante de exigir alimentos posteriormente;*
- ii) violação ao art. 267, VI do CPC, por ser a recorrida carecedora da ação, "já que não formulou qualquer pedido de modificação ou desconstituição da cláusula prevista na separação de renúncia aos alimentos" (fl. 180);*
- iii) inaplicabilidade dos arts. 1.694 e 1.707 do CC/02, e conseqüente ofensa aos arts. 5º, XXXVI da CF/88; 6º da LICC; e 2.035 do CC/02, porque a decisão agravada "desrespeitou o ato jurídico perfeito consistente no acordo celebrado pelas partes na separação consensual que previu renúncia recíproca aos alimentos" (fl. 181).*

Contra-razões: (fls. 320/328).

Parecer do MPF: opinou pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 343/350).

É o relatório.

Documento: 579516 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 03/10/2005 Página 3 de 7

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 701.902 - SP (2004/0160908-9)

Relatora: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
VOTO

**- Da ofensa aos arts. 5º, XXXVI da CF/88;
 6º da LICC; e 2.035 do CC/02**

Afastada a análise da violação a dispositivo constitucional inviável nesta via, insta registrar que as matérias jurídicas versadas nos arts. 6º da LICC e 2.035 do CC/02 não foram apreciadas pelo acórdão recorrido, o que obsta o conhecimento do recurso especial, no particular.

**- Da violação aos arts. 404 do CC/16 (1.707, 1ª parte, CC/02);
 267, inc. VI do CPC; e do dissídio jurisprudencial**

O debate jurídico dirige-se a saber se a ex-cônjuge que renunciara a alimentos em acordo homologado quando da separação judicial é carecedora ou não da ação de alimentos posteriormente ajuizada.

O TJ/SP entendeu por correta a rejeição da preliminar de carência de ação suscitada na contestação pelo recorrente, fundamentando sua conclusão no art. 404 do CC/16 e na Súmula 379/STF, razão pela qual não haveria a aludida impossibilidade jurídica do pedido. É o que se lê do voto condutor do acórdão recorrido:

(fls. 130/131) - *"Impende considerar que o exame da presença das condições da ação é de ser feito com abstração do fato da parte ter ou não o direito a que se atribui e de serem verdadeiros ou não os fatos articulados.*

Se o juiz se aprofundar nesses aspectos, teremos a análise do mérito da causa.(...)

E, nesse diapasão, não se podendo desde logo desqualificar a pretensão da agravada, tinha lugar o saneamento do processo.

No caso vertente, aponta-se na petição inicial da ação de alimentos aforada a ineficácia da renúncia pactuada em cláusula de separação consensual, máxime porque a promovente, com cinqüenta anos de idade e sem formação profissional, não consegue emprego, descobrindo ainda que padece de câncer no aparelho reprodutivo, moléstia essa que a

Documento: 579516 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 03/10/2005 Página 4 de 7

Superior Tribunal de Justiça

obrigou a 'histerectomia total' em data recente.

Como se vê, em virtude de fatos supervenientes à dissolução da sociedade conjugal, que evidenciaram a necessidade da assistência material, é deduzida a pretensão condenatória.

E, em princípio, encontra ela supedâneo na regra do artigo 404 do Código Civil de 1916, vigente ao tempo do ajuizamento, bem como no enunciado da Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não há que se falar em impossibilidade jurídica de tal pedido.

Na verdade, a renúncia a alimentos por parte da mulher é admitida normalmente pela jurisprudência quando ela possui bens e rendas que lhe garantam a subsistência, envolvendo o exame dessas circunstâncias o próprio mérito da causa, o que arreda o julgamento de carência aqui

perseguido.

Irrelevante, na espécie, a ausência de pedido cumulado de desconstituição da cláusula do acordo homologado, haja vista que os alimentos são postulados partindo da premissa de que a renúncia é absolutamente ineficaz, por conta da citada regra do artigo 404 do Código Civil de 1916, e deve ser reconhecida incidentalmente."

A conclusão do acórdão recorrido esbarra no firme entendimento do STJ, porquanto a irrenunciabilidade de alimentos balizada no art. 404 do CC/16 (1.707, 1ª parte, do CC/02), que serve de alicerce à Súmula 379/STF, está contida no capítulo que versa acerca dos alimentos fundados no parentesco (art. 396 e ss. do CC/16 – art. 1.694 e ss. CC/02) e, por certo, entre marido e mulher, que não são parentes, o direito a alimentos assenta-se na obrigação de mútua assistência, prevista no art. 231, inc. III do CC/16 (art. 1.566, inc. III do CC/02), que cessa com a separação ou divórcio, salvo nos casos em que a lei excepciona.

Daí decorre, em inexorável conclusão, que cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação ou divórcio, é válida e eficaz, não permitindo ao cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado, ou voltar a pleitear o encargo (REsp 17.719/BA; Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 16/03/1992; REsp 8.862/DF, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 22/06/1992; REsp 19.453/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 21/09/1992; REsp 48.550/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 06/12/1994; REsp 85.683/SP, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 16/09/1996; REsp 94.121/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 07/10/1996; REsp 64.449, Rel. Min. Bueno de Souza, DJ de 14/06/1999; REsp 36.749/SP, Rel.

Documento: 579516 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 03/10/2005 Página 5 de 7

Superior Tribunal de Justiça

Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 18/10/1999; REsp 226.330/GO, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 12/05/2003).

Na hipótese sob julgamento, a carência da ação é manifesta, porque aos alimentos ora pleiteados a recorrida expressamente renunciou em acordo homologado na separação judicial do casal, o que impõe o reconhecimento de sua ilegitimidade ativa para postular em Juízo o que anteriormente renunciara.

Assim sendo, por dissentir da jurisprudência do STJ, impõe-se a reforma do acórdão recorrido para reconhecer a preliminar suscitada pelo recorrente na contestação da ação de alimentos.

Forte em tais razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO para julgar a recorrida carecedora da ação, e extinguir o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI do CPC.

Condeno a recorrida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, esses que fixo em 10% sobre o valor dado à causa.

Documento: 579516 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 03/10/2005 Página 6 de 7

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2004/0160908-9 REsp 701902 / SP

Número Origem: 2946814

PAUTA: 15/09/2005 JULGADO: 15/09/2005

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DIAS TEIXEIRA**

Secretário

Bel. **MARCELO FREITAS DIAS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A L

ADVOGADO : JÚLIO CÉSAR MENEGUESSO

RECORRIDO : I C L

ADVOGADO : FELÍCIO HELITO JÚNIOR

ASSUNTO: Civil - Família - Alimentos - Renúncia

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Castro Filho, Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 15 de setembro de 2005

MARCELO FREITAS DIAS

Secretário

Documento: 579516 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 03/10/2005 Página 7 de 7