

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MARINGÁ - UEM

ALINE QUEIROZ TREVISAN

**A INVALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO PERANTE O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**MARINGÁ - PR
2009**

ALINE QUEIROZ TREVISAN

**A INVALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO PERANTE O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Universidade Estadual
de Maringá, como parte dos requisitos
para obtenção do título de Bacharel em
Direito. Orientadora Prof^a. Rosilene
Teresinha de Paiva Dias**

**MARINGÁ - PR
2009**

ALINE QUEIROZ TREVISAN

**A INVALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO PERANTE O ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado a Universidade
Estadual de Maringá, como parte
dos requisitos para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Rosilene Terezinha de Paiva Dias
Universidade Estadual de Maringá - UEM

Prof. Alaércio Cardoso
Universidade Estadual de Maringá - UEM

Prof. Belmiro Jorge Patto
Universidade Estadual de Maringá - UEM

Aos meus pais, Odécio e Doralice, sem os quais não teria o apreço que tenho por esta Ciência tão nobre que é o Direito.

Agradeço à Profª Rosilene Terezinha de Paiva Dias pelo tempo, atenção e paciência despendidos na orientação deste trabalho de conclusão de curso, o qual elaborei com imenso prazer frente ao norte que me foi dado.

*“São demais os perigos nesta vida para quem tem paixão”
Vinícius de Moraes*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a validade jurídica do contrato de namoro perante o Direito brasileiro. Tal contrato surgiu em nosso meio jurídico a partir da edição da lei nº. 9.278/96, que alterou os requisitos para a configuração da união estável. A união estável é entidade familiar tutelada pelo Estado constitucionalmente, relação da qual decorrem direitos e obrigações tais quais as decorrentes do casamento. A alteração dos requisitos exigidos para a configuração da união estável tornou-os extremamente subjetivos, de difícil comprovação e, quando alegados, de difícil contraprova. Tal subjetividade dada ao conceito de união estável, somada aos direitos e obrigações dela decorrentes, deram origem ao contrato de namoro. Através dele, os casais de namorados declaram que a relação existente entre eles é um simples namoro, sem nenhuma intenção de constituição de família. Ou seja, o contrato visa afastar a configuração da união estável, através de declaração das partes no sentido de que a mesma inexistente, com o objetivo de não fazer surgir, entre o casal, responsabilidades recíprocas. Contudo, após o estudo dos princípios que norteiam o Direito de Família, do instituto dos contratos, seus requisitos e elementos, da análise da jurisprudência e da doutrina no que tange ao Direito de Família, a corrente majoritária entendeu pela invalidade do contrato de namoro, tendo como fundamento principal, dentre outros, serem as normas regulamentadoras do Direito de Família, normas de ordem pública, logo, inderrogáveis pela vontade das partes.

Palavras-chave: Direito de Família. União Estável. Contrato de Namoro. Normas de Ordem Pública.

ABSTRACT

The current works aims to analyse the validity of the dating contract in Brazilian Law. This has emerged in our Law since the edition of the law n. 9.278/96, which changed the requirements to establish the Civil Union. The Civil Union is a familiar entity, protected by the State constitutionally, relation which involves rights and obligations, just like the wedding. The Changing of the requirements demanded to establish the Civil Union, has made them extremely subjective, difficult to prove, and when alleged, difficult to refute. This subjectivity given to the concept of Civil Union, plus the rights and obligations concerning to it, created the dating contract. Making use of it, couples declare that their relationship is a simple dating, without any intention of constituting family. In other words, the contract aims to prevent from the establishment of Civil Union by the declaration of both of them that there is not a civil bound, in order to avoid mutual responsibilities. Nevertheless, after the study of the principles which guide Family Law, institutes of contracts, its requirements and elements, the analysis of jurisprudence and authors of this area, most of them see the invalidity of the Dating Contract, due to a main reason, among others, the laws about Family are public interest, therefore not possible to be invalidated by the will of the couple.

Key-words: Family Law. Civil Union. Dating Contract. Public Interest Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPITULO 1- NOÇÕES GERAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA	11
1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA	11
1.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA	16
CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA	19
2.1 PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.....	19
2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	20
2.3 SOLIDARIEDADE.....	22
2.4 IGUALDADE	23
2.5 RECONHECIMENTO DE OUTRAS ENTIDADES FAMILIARES	26
2.6 ISONOMIA DE TRATAMENTO DOS FILHOS.....	27
2.7 AFETIVIDADE	27
CAPÍTULO 3 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA LIGADA AO ESTADO DE PESSOA.....	30
3.1 DIREITO DE FAMÍLIA NA ANTIGUIDADE	32
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO ...	39
CAPÍTULO 4 – DOS CONTRATOS EM GERAL	42
4.1 NOÇÃO DE CONTRATO.....	42
4.2 FUNÇÃO DO CONTRATO	42
4.3 FORMAÇÃO DO CONTRATO	44
4.4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS.....	48
4.5 EVOLUÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL	52
CAPÍTULO 5 – DO CONTRATO DE NAMORO.....	55
5.1 CONCEITO DE NAMORO	56
5.2 UNIÃO ESTÁVEL	59
5.3 DIFERENÇA ENTRE NAMORO E UNIÃO ESTÁVEL	65
5.4 CONCEITO E FINALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO	66
5.5 ORIGEM DO CONTRATO DE NAMORO	67
5.6 POSICIONAMENTOS PELA VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO.	69
CAPÍTULO 6 – DA INVALIDADE JURÍDICA DO CONTRATO DE NAMORO	71
6.1 ARGUMENTOS PELA INVALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO	71
6.1.1 Normas Cogentes	71
6.1.2 Relação de Fato.....	73
6.1.3 Carência e Impossibilidade do Objeto	73
6.1.4 Direitos de Terceiro.....	74
6.2 OPÇÃO EQUIVALENTE – Contrato de Convivência	77
CONCLUSÃO.....	82
REFERÊNCIAS	84

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo estudar o contrato de namoro e as relações jurídicas que decorrem do mesmo, analisando a validade jurídica de tal contrato diante das regras, princípios e postulados do Direito de Família e suas conseqüências e efeitos no meio jurídico e social, considerando o disposto na Constituição Federal, lei máxima do nosso país, na doutrina, jurisprudência e demais ordenamentos jurídicos, utilizando-se, para tanto, do método dedutivo, clássico das ciências jurídicas, para se chegar aos resultados no caso concreto. Necessário se faz ressaltar que, embora não mencionados, outros métodos poderão ser utilizados, haja vista que nos trabalhos de pesquisa científica há certa tendência pela predominância de um método, o que não impedirá que outros venham a ser aplicados ainda que em menor escala.

No primeiro capítulo abordamos o conceito de família e a natureza jurídica do Direito de Família, ou seja, procedemos a uma análise dos aspectos gerais do Direito de Família, ramo do Direito Civil, verificando que o mesmo tem como objetivo, dentre tantos outros, regular as relações entre pessoas que convivem em uniões sem casamento, ou seja, as uniões de fato, dentre elas, a união estável.

No segundo capítulo aborda-se o tema referente aos princípios constitucionais do Direito de Família, com a constatação de que em nossa Constituição Federal há diversos princípios que tutelam as entidades familiares reconhecidas constitucionalmente, e os entes que a compõem.

No terceiro capítulo, por sua vez, faz-se uma retrospectiva histórica e legislativa do Direito de Família quanto ao estado da pessoa, verificando, desde as mais antigas civilizações até os dias atuais, quais foram e são as bases das entidades familiares e as alterações legislativas que, no decorrer dos anos, vieram a conceder mais direitos a tais entes, além de reconhecer outros.

No quarto capítulo examina-se o conteúdo, forma, requisitos e evolução do Direito Contratual, visando à compreensão do conceito de contrato e do que lhe é exigido para que tenha validade e eficácia em nosso Direito.

No quinto capítulo inicia-se o estudo do contrato de namoro, sua origem, conceito e requisitos. Busca-se diferenciá-lo da união estável e, para tanto, trata-se do conceito e requisitos da mesma. Faz-se, ainda, uma distinção do conceito de

namoro e união estável e, por fim, realiza-se um estudo sobre os posicionamentos favoráveis à validade do contrato de namoro.

Por fim, no sexto capítulo, adentra-se ao tema deste presente trabalho, qual seja a invalidade do contrato de namoro perante o ordenamento jurídico brasileiro. Faz-se uma abordagem ampla de todos os demais capítulos do trabalho para justificar o posicionamento pela invalidade do contrato de namoro, tendo como principais argumentos serem as normas de Direito de Família de caráter público; ser a união estável uma relação de fato; a carência e impossibilidade do objeto de tal contrato e a possível fraude a terceiros através do mesmo. E, ao final, aborda-se o contrato de convivência como um quinto argumento pela invalidade do contrato de namoro e, também, como uma opção equivalente ao mesmo, já tipificada pelo legislador ordinário.

Portanto, através do presente trabalho, pretende-se analisar as noções gerais do Direito de Família e as relações jurídicas decorrentes do namoro, seu conceito e diferença entre ele e as demais formas de relacionamento; proceder à análise da evolução histórica e legislativa do Direito de Família ligada ao estado de pessoa, com enfoque nos direitos existentes antes e depois da promulgação da Constituição Federal de 1988; tratar dos princípios, da formação e da função dos contratos em geral e, por fim estudar o atualmente denominado contrato de namoro, seu conceito, características, eficácia e validade perante o Direito de Família.

1 NOÇÕES GERAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 CONCEITO DE FAMÍLIA

Ao tentar conceituar o termo família, enorme é a dificuldade encontrada, pois a palavra abrange um rol imenso de significados conforme a época, o local e a perspectiva daquele que a analisa. *“A palavra família não tem, como poder-se-ia imaginar, um sentido unívoco, mas, ao contrário, revela diversas hipóteses distintas, o que dificulta mais sua exata compreensão no mundo jurídico”*¹.

Nas palavras de Alceu Amoroso Lima apud Oliveira, (2002)

A família não é um fruto da sociedade. É a semente da sociedade. (...) Há, pois, uma subordinação global da sociedade inteira e de todos os seus grupos e membros componentes á família, por ser o grupo fundamental, o grupo inicial, o grupo medida de todos os grupos. Todos os demais grupos sociais – a escola, a empresa econômica, a nação e o Estado, a comunidade internacional, a própria Igreja (...), todos dependem da família, pois é esta que lhes fornece o elemento sem o qual nenhum deles existiria: o homem².

Assim também entende Washington de Barros, ao dizer que *“dentre todas as instituições, públicas ou privadas, a da família reveste-se da maior significação. Ela representa, sem contestação, o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social”*³.

Logo, pode-se denominar a família como um conjunto de indivíduos que se forma naturalmente e, posteriormente a sua formação é reconhecida de pelo ordenamento jurídico.

De acordo com o dicionário Michaelis família é aquela formada por *“pessoas do mesmo sangue; o pai, a mãe e os filhos”*⁴. Ou seja, família, no dicionário, é aquela formada pelo vínculo sanguíneo. Essa definição nos leva a entender, num primeiro momento, que família é tão somente aquele grupo de pessoas constituído pelo casamento.

Silvio Rodrigues, por sua vez, divide o conceito de família em amplo e restrito.

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado. Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.5, p. 24.

² LIMA, Alceu Amoroso. **A família no mundo moderno**. Rio de Janeiro, Agir, 1960, p. 26. In: OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 1.

Através do conceito amplo encontramos significado similar ao trazido pelo dicionário, sendo aquele grupo de indivíduos unidos por um vínculo sanguíneo.

No dizer de doutrinador:

Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como a formada por todas aquelas pessoa ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde incluir dentro da órbita de família todos os parentes consangüíneos ⁵.

Sílvio de Salvo Venosa inclui, ainda, neste conceito amplo de família, os colaterais do cônjuge, tratando-a como:

O conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é parente ⁶.

Mesmo trazendo os parentes do cônjuge, onde não há vínculo sanguíneo, vemos que o autor ainda entende família como sinônimo de casamento, pois ao tratar de cônjuge, trata de matrimônio.

Num sentido mais limitado, tem-se como família os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau. Assim, a partir deste sentido mais restrito, a família é formada pelo conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole, a atualmente chamada família nuclear.

Eduardo de Oliveira Leite, por sua vez, conceitua a família em sentido restrito, amplo e amplíssimo:

Num sentido amplo, família é o conjunto de pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum. É nesse sentido que é empregada pelo art. 1.412, 2º do novo Código Civil. Num sentido mais limitado, a família abrangeria os consangüíneos em linha reta – por ex., pais e filhos – e os colaterais sucessíveis, isto é, até o quarto grau (art. 1.839). Num sentido mais restrito, a família se reduziria aos pais e sua prole. É o que se chama, atualmente, “família nuclear”. É nesse sentido que a palavra é empregada pelo art. 1.568⁷.

Vemos, então, que o conceito de família pode ser mais amplo, abrangendo um número maior de pessoas sendo que algumas destas não possuem vínculo

⁴ FAMÍLIA. Michaelis dicionário conciso língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 4.

⁶ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009, v.6, p. 2.

⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado. Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.5, p. 24.

sanguíneo, ou mais restrito, abrangendo apenas os pais e seus descendentes, conceito de família mais utilizado atualmente. Contudo, seja o conceito doutrinário amplo ou restrito, ambos vêm como família aquele conjunto de pessoas unido pelo casamento, onde há a figura do pai, da mãe e dos filhos, conceito esse que, se aceito como correto, não pode mais ser visto como único nos dias atuais, pois *“hoje, alargou-se, a noção, que não mais se limita ao casamento, mas também alcança pessoas de sexo oposto, unidas estavelmente, (art. 226, 3º, CF) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, 4º, CF)”*⁸.

Diversamente do que ocorre na doutrina, onde há um rol imenso de definições do que seria o termo família, sob diferentes aspectos, o Código Civil de 2002 não traz o conceito de família, como também não o fez o Código Civil de 1916. Talvez assim o seja em razão de o termo abranger mais que uma definição por conta das constantes alterações na sociedade e porque *“a família existe desde tempos imemoriais, constituída sob as mais variadas formas, segundo os costumes de cada povo e influenciada pelos valores sócio-culturais, políticos e religiosos de cada época”*⁹.

Em termos de organismo social, é a família o mais antigo. Portanto, sempre existiu, a partir do momento em que passou a existir o primeiro homem no seu exemplo mais rudimentar de que se tem conhecimento na face da Terra e foi no seu seio que ocorreu e continuará ocorrendo a maravilha da reprodução de uma das mais importantes espécies que ocupam esse planeta, ou seja, a espécie humana, a única dotada de inteligência¹⁰.

As Constituições Brasileiras de 1934¹¹, 1946 e 1967, seguindo o modelo doutrinário vigente, condicionavam a idéia de família à de casamento, conhecendo apenas da denominada *família legítima*.

Contudo, não podemos mais aceitar a definição de família apenas como aquela entidade formada pelo casamento. A sociedade evolui e o Direito deve acompanhar essa evolução para não deixar à deriva a tutela de direitos e obrigações que surgem dessas novas relações entre os indivíduos. Essa evolução deu origem a vários relacionamentos diversos do casamento e que merecem proteção do Estado tal qual o matrimônio, pois os mesmos constituem o que chamamos de família.

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado. Direito de Família.**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v.5, p. 25.

⁹ DAL COL, Helder Martinez. **União estável e Contratos de Namoro no Código Civil de 2002.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7100&p=1>>. Acesso em: 30 set. 2009.

¹⁰ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira, 1934. Art. 144, CF 1934, *“A família, constituída pelo*

No dizer de Maria Helena Diniz:

Não pode o jurista esquecer que o material com que trabalha há de ser colhido em plena vida. Cada época vive um complexo de regras que lhe são próprias. Não desprezam o passado, não rompem com as tradições, mas modelam ou disciplinam os fatos humanos segundo as injunções do seu momento histórico. Se a sociedade fosse estática, o Direito seria estático. Se o Direito fosse estático, imporia à vida social um imobilismo incompatível com o senso evolutivo da civilização. Contingente como a vida, o Direito é igualmente mutável ¹².

Contudo, tais relações não adquiriram a tutela estatal assim que surgiram. Foram vistas como inexistentes pelo ordenamento jurídico sem merecer tipo algum de direito; posteriormente, foram vistas como negócios jurídicos, recebendo apenas o tratamento que a legislação concede aos mesmos, sem maiores implicações jurídicas, sem os direitos específicos dados à família.

Demorou, mas o Direito, que tem por obrigação acompanhar as mudanças sociais, através da Constituição Federal de 1988, reconheceu como entidades familiares, ao lado do matrimônio, a união estável e a família monoparental, concedendo-lhes a especial proteção do Estado, conforme o art. 226 do citado diploma, ao dizer que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes ¹³.

No mesmo sentido, a Declaração dos Direitos do Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1984, estabelece que, "*A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado*" ¹⁴.

Assim, a Constituição Federal de 1988 visou albergar em seu conceito de família mais duas formas de entidade familiar, além do matrimônio. Contudo, deixou de fora outras tantas formas de entidade familiar, como a família anaparental (formada pelos irmãos) e a homoafetiva, por exemplo. Como acima dito, ao definir quais relações formam entidades familiares, acaba-se por excluir tantas outras, o

casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado".

¹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.11.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. art. 226.

que só podemos chamar de injustiça, fruto do preconceito e do extremo apego aos costumes e tradições, todos pregados pela própria sociedade, que acabam por restringir a atividade do legislador.

Conforme leciona Maria Helena Diniz, a família:

Nasce antes do direito, que, posteriormente lhe reconhece como organismo jurídico. Por isso pode-se afirmar que várias são as formas de família e que o Direito acaba por reconhecer apenas algumas, dando-lhes proteção. Foi o que aconteceu através da CF/88, onde o legislador reconheceu, além do casamento, mais duas formas de entidade familiar. Contudo, não significa que outras não existam ou não venham a existir. Elas estão aí, como as homoafetivas, que, apesar de existentes na ordem social e natural, não receberam reconhecimento pela ordem jurídica, mas são formas de família¹⁵.

Dessa forma, a Constituição Federal, atualmente, reconhece e protege três formas de família; o casamento, a união estável e a família monoparental. Com certeza muitas são as críticas quanto à exclusão das demais relações existentes, não consideradas como entidades familiares.

Nas palavras de Maria Helena:

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano¹⁶.

Logo, a família, nos dias de hoje, numa concepção geral e a par das modalidades trazidas pela Carta Magna, é aquela formada por um grupo de pessoas entre as quais há o que chamamos de afeto. O princípio da afetividade, abaixo tratado, resolve com a problemática do que seja família, inserindo em tal conceito todos os grupos de pessoas que têm, entre si, respeito, carinho, amor, compaixão, assistência, manutenção, ou seja, pessoas que se unem em busca da felicidade, que compartilham, que se ajudam com o objetivo de atingir a satisfação pessoal e, conseqüentemente, alcançarem a felicidade juntas. Tais grupos, sendo formas de famílias, merecem a proteção especial do Estado.

¹⁴ CARTA das Nações Unidas, art. XVI, e nº. 3.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

¹⁶ *Ibid.*, p.13.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Partindo do conceito de família acima tratado, podemos definir o Direito de Família como o conjunto de regras, normas e princípios que regulam as relações jurídicas familiares.

Clóvis Bavláqua afirma que:

Direito de Família é o complexo de normas que regula a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela ¹⁷.

A tal definição temos de acrescentar, atualmente, as normas reguladoras das uniões sem casamento e das famílias monoparentais, pois foram consideradas pela Constituição vigente, ao lado do casamento, entidades familiares.

Muito se discute a respeito da natureza jurídica do Direito de Família, entendendo alguns que o mesmo é ramo do Direito Público e outros, ramo do Direito Privado. Afirmam os primeiros, ser disciplina de Direito Público por tutelar não apenas a pessoa e seus direitos subjetivos, mas por ter em vista toda a sociedade, quiçá o próprio Estado. Os segundos, por sua vez, se contrapõem a tal idéia dizendo que também há normas de Direito Público regulando várias outras disciplinas privadas do Direito, não apenas o Direito de Família, situação que não gerou a publicização de todas essas disciplinas, que continuam privadas, assim como o Direito Civil, onde encontramos o Direito de Família.

Maria Helena Diniz entende que:

À vista da importância social de sua disciplina, a maioria das normas jurídicas constitutivas do Direito de Família acusa a presença de preceitos inderrogáveis impostos como "*ius cogens*" à obediência de todos, chegando mesmo a caracterizar-se antes como deveres do que como direitos. (...) Sem o propósito de polemizar a questão, pois reconhecemos não faltarem ao Direito de Família peculiaridades marcantes, entendemos, todavia que o seu lugar é mesmo no Direito Privado e a sua classificação certa no Direito Civil, dado o tipo de relações jurídicas a que visa disciplina. ¹⁸.

Logo, vemos que o Direito de Família não perde sua natureza privada em

¹⁷ BEVILAQUA, Clóvis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 8. ed. Rio de Janeiro, 1950, v. II, obs. 1 ao art. 180. In: RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 27. ed. São Paulo, 2002. v.6, p. 9

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.28.

razão de ser disciplinado, em sua maioria, por normas de Direito Público e, supletivamente, de direito privado. E é em razão dessa mescla de regras de diferentes ramos, que o Direito de Família pode ser observado sob um aspecto individual e social, e a compreensão dessas duas feições é que nos faz entender o porquê da intensa interferência estatal em sua disciplina.

Sob o aspecto individual, a disciplina trata dos direitos oriundos das relações que afetam a pessoa, como o direito de obter e a obrigação de prestar alimentos ou o dever de assistência decorrente da condição de cônjuge ou companheiro.

Sob o aspecto social, trata do interesse do Estado na organização da família e na segurança das relações humanas. O interesse do Estado na família se justifica por esta ser a base de toda estrutura da sociedade, do próprio Estado. Nela estão os alicerces econômicos e morais da organização social. Assim, o Estado, visando sua própria sobrevivência, além de ter como função social a proteção da família, tem também imenso interesse, o fazendo através de leis que assegurem o seu desenvolvimento estável e a intangibilidade de seus elementos institucionais.

Por isso o Direito de Família é composto por grande número de normas de ordem pública, mas, apesar da tamanha interferência e da vasta legislação publicista, o Direito de Família continua sendo ramo de Direito Privado. As normas de ordem pública no Direito Privado visam limitar a autonomia de vontade e a possibilidade de as partes disporem sobre suas próprias normas nas relações jurídicas. Isso não significa, contudo, que as relações assim ordenadas deixam de ser de Direito Privado. Ao Estado cabe a tutela e proteção da família, intervindo de forma indireta quando essencial para sua própria estrutura, sem, contudo, interferir na vida privada.

Algumas dessas leis visam diretamente os interesses do indivíduo e, indiretamente, são de interesse da sociedade, pois preservam a harmonia social e cooperam para a estabilidade da família. Outras têm como objeto direto a preservação da família, lhe garantido melhores condições de desenvolvimento e sobrevivência.

É o Direito de Família, portanto, ramo do Direito Privado, mas disciplinado, em sua grande maioria, por normas de Direito Público, imperativas, inderrogáveis pela vontade das partes, em razão do interesse permanente do Estado na família e sua manutenção, pois esta é a base da sociedade. E, supletivamente, é disciplinado por

normas de direito privado, em relação as quais as partes podem dispor. O contrário não poderia ser, pois, como afirma Guillermo A. Borda *“não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre”*¹⁹.

¹⁹ BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil**. Família. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, v.1. In: VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009, v.6, p. 11.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO DE FAMÍLIA

“Princípio é o ponto de partida. Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípio, nesse sentido, são os alicerces, os fundamentos da ciência”²⁰.

Para Canotilho²¹, *“consideram-se princípios jurídicos os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”.*

Ainda, conforme o citado autor:

Com efeito, os princípios jurídicos são “exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos”. Tratam-se de “normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos”, enquanto as regras são “normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não cumprida”, constituem exigências de aplicação. Assim, enquanto a regra é aplicada e esgota seus efeitos, o princípio é otimizado ou concretizado (aplicado ou densificado da melhor forma possível, segundo as circunstâncias) e nunca exaure seus efeitos, pode sempre ser otimizado novamente. Para o direito, o princípio não está somente na origem, mas também na continuidade²².

Em nossa Constituição Federal encontramos princípios que se referem especificamente ao Direito de Família, garantindo a todas as modalidades de família constitucionalmente reconhecidas e aos seus membros a especial proteção do Estado. Dentre eles, serão objeto de análise, o princípio da proibição do retrocesso social, da dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, boa-fé, reconhecimento de outras entidades familiares, isonomia de tratamento dos filhos e da afetividade.

2.1 PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

A Constituição estabeleceu direitos subjetivos com garantias constitucionais ao conceder à família especial proteção, não podendo, tais direitos, retrocederem, ou seja, deixarem de ser observados no momento da criação das leis e de sua

²⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 10, p. 18.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1038.

aplicação. Certo é que esse princípio se aplica a todas as regras provenientes do constituinte originário, as quais não podem sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. Assim, o princípio da proibição do retrocesso social dispõe que o texto constitucional, no caso em análise, as regras constitucionais de Direito de Família, não podem sofrer retrocesso que lhes dê um alcance jurídico social inferior ao que tinha originalmente.

Os valores surgidos e encampados pela Constituição Federal são frutos de um avanço que não pode, jamais, retroceder. (...) Esses valores, como produtos da dialética democrática, não podem perder-se pelo simples passar dos anos. Aliás, existem valores cuja perda comprometerá a própria condição da dignidade humana, e porque não dizer, esfacelará a noção de família tal qual a concebemos contemporaneamente, já que serão afetados direitos humanos fundamentais, como o respeito, a afetividade, e todas as características que a família atualmente possui²³.

O legislador e o juiz, dessa forma, devem assegurar a realização desses direitos e, qualquer atuação discriminatória, que estabeleça privilégios ou diferenças, constitui flagrante ato inconstitucional. Logo, todas as omissões legais devem ser consideradas inexistentes. Pecou o Código Civil de 2002, diante do reconhecimento da família monoparental pela Constituição, em não discipliná-la, sendo essa omissão uma forma de afronta ao princípio da proibição do retrocesso social. Também se verifica tal afronta em relação à diferenciação feita entre união estável e casamento. Frente a esses casos, conforme Maria Berenice Dias:

Quando a lei não fala na união estável, é necessário que o intérprete supra essa lacuna. Assim, onde se lê cônjuge, necessário passar-se a ler cônjuge ou companheiro. E quando a lei trata de forma diferente a união estável com relação ao casamento é de se ter simplesmente tal referência como não escrita²⁴.

Portanto, não pode o legislador ordinário nem o Judiciário ao criar e aplicar a lei, respectivamente, fazê-lo como se ela não existisse omitindo-se de observá-la na criação de outras regras ou em sua aplicação, pois a sociedade, após a aquisição de um direito, não pode ser privada do mesmo.

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

²² Ibid., p. 1161 e ss.

²³ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 276.

A dignidade da pessoa humana é o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, é o fundamento do Estado Democrático de Direito. A Constituição, já em seu artigo primeiro traz que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana*”²⁵.

O ordenamento jurídico, os atos estatais e toda a atuação da sociedade regem-se pelo princípio em questão, ninguém deve atuar contra o mesmo. A dignidade humana é o ponto de partida para toda e qualquer ação, é a base de todos os demais princípios, como o da liberdade, autonomia privada, igualdade e cidadania.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento de toda a nossa ordem jurídica que, frente ao mesmo, passou a valorar o indivíduo, a pessoa humana. Assim, houve uma personalização dos institutos jurídicos, ou seja, surgiu uma preocupação com o ser humano e a forma com a qual o ordenamento jurídico, antes de caráter patrimonialista, o atingiria. Passaram-se, então, a serem criadas leis, normas, regras, não mais com base no patrimônio, mas sim na pessoa humana, dando a mesma o *status* de objeto de proteção do Direito. Dessa forma, o Estado adquiriu como nova função a promoção da dignidade da pessoa humana. Não mais devia tão somente abster-se de determinados atos para não atingir a vida privada do indivíduo, mas também passou a ter a obrigação de agir para proporcionar essa vida digna ao mesmo.

Assim, nas palavras de Maria Berenice Dias:

O princípio da dignidade humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O Estado não tem apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território²⁶.

Por sua vez, o Direito de Família encontra-se intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, pois o que se busca através de tal princípio, no âmbito do Direito de Família, é igual dignidade para todas as entidades familiares. Visa-se,

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. Porto Alegre: RT, 2006. p. 148.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. art. 1º, III.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. Porto Alegre: RT, 2006. p. 52.

através do mesmo, que todas as formas de família existentes tenham um tratamento isonômico, independentemente de sua formação, de sua estrutura, mas que todos os seus componentes possam viver dignamente. Para isso o Estado precisa tutelar tais entidades igualmente, através das legislações que edita. Mais ainda, é de interesse do Estado, que tem como base da sociedade a família, tutelar a mesma, pois é dentro dela que se preservam e se desenvolvem as qualidades mais relevantes entre os familiares, como o afeto, a solidariedade, a união, e o projeto de vida em comum, qualidades essas que proporcionam vida digna ao ser humano.

Assim, se o Estado tutela tais entidades, preserva a base da sua sociedade, conservando um Estado forte e cumprindo com o que afirma em seu artigo 1º da Constituição: ser um Estado Democrático de Direito. É direito constitucional do ser humano a vida digna, que se traduz em vida feliz. Por isso, o Estado, além de tutelar tais entidades que reconheceu constitucionalmente, deve fazê-lo de forma isonômica. Além disso, ao efetuar essa tutela, não deve o Estado adentrar demasiadamente nas relações privadas ao ponto de retirar do indivíduo sua liberdade, sua autonomia, ou seja, retirar do mesmo a possibilidade de dignamente constituir uma família ou desconstituí-la quando assim desejar, pois, ao fazê-lo, está buscando a felicidade, que nada mais é a representação de uma vida digna.

Como leciona Maria Berenice Dias: *“Ora, se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna”*²⁷.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana traduz-se no núcleo de todo o ordenamento jurídico, devendo ser observado tanto na criação de leis, como na atuação do Estado e dos indivíduos em suas relações privadas, visando sempre proporcionar a estes uma vida digna e, em se tratando do Direito de Família, uma vida digna para todos os que compõem as diversas formas de família existentes, pois tais indivíduos, através de um tratamento igualitário, terão, pelo menos, a possibilidade de buscar a felicidade, a realização e satisfação pessoal na entidade familiar da qual fizer parte, tenha ele a forma que tiver.

2.3 SOLIDARIEDADE

²⁷ Ibid., p. 53.

O princípio da solidariedade familiar se traduz no conjunto de direitos e obrigações recíprocas entre os parentes. São deveres como a obrigação de alimentar; o dever de garantir às crianças e adolescentes, cidadãos em formação, os direitos que lhes são inerentes; o dever de mútua assistência entre os cônjuges, entre tantos outros enumerados pela legislação. Conforme o art. 226, §8º da Constituição Federal vigente, “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

O princípio da solidariedade está diretamente ligado ao da igualdade. No âmbito do Direito de Família, não basta que se preserve a igualdade entre os membros de uma entidade familiar tão somente. O princípio da igualdade, para ser eficaz, deve ter como consequência a solidariedade entre os parentes, solidariedade que se traduz no fornecimento do mínimo necessário ao desenvolvimento físico e psicológico de um indivíduo, como alimentação, educação, sucesso profissional, diversão, respeito e afeto.

Logo, não se trata apenas de solidariedade patrimonial, mas também afetiva, pois:

(...) ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (artigo 227, da Constituição Federal de 1988) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação²⁸.

A família, portanto, revela-se como uma forma de manutenção e proteção social, visto que seus integrantes possuem um dever de solidariedade, de ajuda mútua em todos os aspectos da vida, ficando o Estado, que primordialmente seria o responsável por prover os direitos constitucionalmente assegurados, como responsável subsidiário, caso a família não cumpra com o dever de solidariedade que a ela é inerente.

2.4 IGUALDADE

Tal princípio constitucional prega que a lei deve ser igual para todos e a sua aplicação também, ou seja, tanto no momento de criar como no momento de aplicar a lei, deve haver igualdade, ressalvadas, sempre, as desigualdades que devem ser ponderadas para prevalecer a igualdade material, que é a verdadeira igualdade. Preocupa-se tanto com a igualdade porque ela está diretamente ligada à justiça, que é o que buscamos através do Direito, ou seja, conceder aos indivíduos de uma mesma categoria tratamento isonômico, conceder a cada um de acordo com a sua necessidade, segundo seus méritos e, somente através da justiça, é que podemos atingir essa igualdade de tratamento.

A Constituição reafirma o princípio da igualdade por diversas vezes. De forma genérica o traz no preâmbulo da Carta Magna, ao dizer que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de **Deus**, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil ²⁹.

Depois o traz no *caput* de seu artigo 5º dizendo que “*todos são iguais perante a lei*”³⁰; e que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações*”³¹ e que também o são em relação aos direitos e deveres da sociedade conjugal, conforme art. 226, §5º. A Constituição, como fica claro através dos artigos citados, é a base do princípio da igualdade, o sendo ainda mais no âmbito do Direito de Família. Através de tal princípio não há mais diferenciação entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento, adotados os consangüíneos (art. 227 §6º); ele trouxe a liberdade quanto ao planejamento familiar, proibindo a ingerência do Estado e obrigando-o a proporcionar recursos financeiros e educacionais para o exercício de tal direito (art. 226, §7º).

Tal princípio também foi observado no âmbito das regras privadas do Direito de Família, prevendo o Código Civil a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, (art. 1511); a obrigação de ambos em dirigir a sociedade conjugal, (art. 1567); deveres recíprocos entre o homem e a mulher, (art. 1566); a possibilidade de ambos

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. Porto Alegre: RT, 2006. p. 56.

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília: Senado Federal, 1988.

³⁰ *Ibid.*, art. 5º

acrescerem ao seu nome o nome do outro, (art. 1565, §1º) e não mais apenas a mulher o fazê-lo; o exercício isonômico da guarda dos filhos, competindo àquele que tiver melhores condições de exercê-la, (art. 1584).

Muito bem descreve o princípio da igualdade nas relações familiares a Desembargadora do TJRS Maria Berenice Dias ao afirmar que:

Atendendo à ordem constitucional, que veda qualquer espécie de desigualdade, o Código Civil consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito da família. A relação de igualdade nas relações familiares deve ser pautada não pela pura e simples igualdade entre iguais, mas pela solidariedade entre seus membros, caracterizada da mesma forma pelo afeto e amo³².

Assim, a igualdade deve estar presente em todas as relações familiares, entre todos os seus membros, considerando suas posições e necessidades. A igualdade, nas entidades familiares, não tem como fundamento apenas o direito a mesma, mas deve existir em razão do sentimento que entre tais indivíduos há, ou seja, não apenas aquela igualdade derivada de um comando legal, mas a igualdade em razão do amor, do respeito e solidariedade que permeiam as relações familiares.

Dentro dessa perspectiva, não podemos esquecer que a igualdade da qual tratamos e buscamos atingir é a igualdade material, é colocar aqueles que fazem parte de um mesmo grupo em mesma situação jurídica e social mantendo as desigualdades saudáveis e naturais, pois é certo que nenhum ser humano é igual. Logo, busca-se a igualdade para proporcionar ao indivíduo os mesmos direitos e obrigações que a outro que possui as mesmas características, é buscar a igualdade respeitando as desigualdades naturais, visando propiciar o melhor para cada indivíduo, visando reconhecer direitos a quem a lei ignora. Assim, o princípio da igualdade deve ser observado no momento da criação da norma e, posteriormente, no momento de sua aplicação, reconhecendo-se direitos às situações merecedoras de proteção. Logo, como afirma Maria Berenice Dias:

O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem que observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz deve aplicar a lei de modo a não gerar desigualdades³³.

Assim, o princípio da igualdade acaba com as diferenciações absurdas e discriminatórias dos entes familiares, dando direitos e obrigações iguais àqueles que

³¹ Ibid., art. 5º I.

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. Porto Alegre: RT, 2006. p. 55.

se encontram em posição de igualdade, não privilegiando alguns em detrimento de outros e, assim, realizando um dos principais, senão o principal objetivo dentro do Direito, que é a justiça.

2.5 RECONHECIMENTO DE OUTRAS ENTIDADES FAMILIARES

Tal princípio se auto define. É nada mais que o reconhecimento, pela Constituição Federal, de outras formas de família além do matrimônio. Antes da Constituição de 1988 apenas o casamento era reconhecido como formador da família e as demais relações, embora existentes, não eram reconhecidas tão quanto protegidas pelo ordenamento jurídico, não possuíam caráter familiar, sendo tratadas como sociedades de fato, albergadas assim apenas pelo direito obrigacional. Tais uniões, como as homoafetivas e as estáveis, as últimas nominadas de concubinato adúltero, e as famílias monoparentais e anaparentais, são unidades afetivas, que merecem ser erigidas a entidades familiares e tuteladas pelo ordenamento jurídico, especificamente pelas normas de Direito de Família. Não há, realmente, como negar proteção jurídica a tais uniões, pois as mesmas possuem elo de afetividade entre seus membros e geram obrigações mútuas tanto de caráter pessoal como patrimonial. Não prover tais relações de tutela jurídica, não reconhecê-las e regulamentá-las, no dizer de Maria Berenice Dias, “*é cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça*”³⁴.

A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus membros e a execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexó família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição Federal de 1988 apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família³⁵.

Assim, após 1988, foram reconhecidas, além do casamento, a união estável e a família monoparental como entidades familiares, incidindo sobre as mesmas as

³³ Ibid., p. 56.

³⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. Porto Alegre: RT, 2006. p 57.

regras de Direito de Família.

2.6 ISONOMIA DE TRATAMENTO DOS FILHOS

A Constituição de 1988 pôs fim a uma discriminação inaceitável existente dentro do Direito de Família, que era a diferenciação entre os filhos, de acordo com a sua origem. Como até antes da Carta de 1988 a única forma de família reconhecida era o casamento, os filhos havidos fora do matrimônio eram considerados ilegítimos. A eles não era dado o mesmo tratamento jurídico, pois se assim o fosse haveria a chancela por parte do Estado para o crescimento das relações concubinas, não tuteladas pelo ordenamento jurídico e abominadas pela Igreja Católica. Contudo, com o advento da vigente Constituição Federal não há mais a diferenciação dos filhos, ou seja, a qualificação dos mesmos. Sejam advindos do matrimônio, de uma união estável, de relacionamentos passageiros ou adotados, os filhos são filhos, sem mais nenhuma adjetivação.

Afirma a CF que *“os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*³⁶.

Essa alteração trazida pela Carta Magna cumpre com o princípio da igualdade concedendo aos iguais - no caso, os filhos - direitos análogos, cumprindo assim com o ideal de justiça.

2.7 AFETIVIDADE

A CF/88 ao criar um rol imenso de direitos individuais e sociais, com o objetivo de garantir a dignidade de todos, nada mais fez do que comprometer-se a assegurar o afeto. Isso é facilmente constatado através do reconhecimento da união estável e das famílias monoparentais como formas de entidade familiar, junto ao casamento, pois o afeto que une tais indivíduos passou a ser merecedor de tutela jurídica. A família passou a ter um modelo igualitário, em razão das transformações sociais que abriram espaço para mais afeto entre os entes familiares e a possibilidade das

³⁵ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 6, p. 16.

realizações individuais.

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros³⁷.

Expressão que, na sua origem grega, se liga ao adjetivo feliz e denomina a doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral isto é, que são moralmente boas as condutas que levam à felicidade³⁸.

O afeto, embora não expressamente consagrado pela Constituição, nela está presente em diversos institutos, como o que passou a tratar igualmente os filhos, independentemente de sua origem, colocando a frente dos interesses patrimoniais a solidariedade entre os parentes.

Paulo Luiz Netto Lobo identifica na Constituição Federal quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade:

a igualdade de todos os filhos independentemente da origem (CF 227 § 6º); a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos (CF 227 §§ 5º e 6º); a comunidade formada por qualquer dos filhos e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família (CF 226 § 4º) e o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente (CF 227)³⁹.

Por sua vez, também encontramos o princípio da afetividade no Código Civil, quando, por exemplo, estabelece a comunhão plena de vida no casamento (1.511); quando admite outra origem à filiação além do parentesco natural e civil (1.593); na consagração da igualdade da filiação (1.596); ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (1.604) e quando trata do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais.

O afeto e a solidariedade são sentimentos que derivam da convivência familiar, não são inerentes ao ser humano, mas vão surgindo através do dia a dia, da convivência, do carinho e amor que os indivíduos cultivam um pelo outro. Não é sentimento que surge do sangue, não existe tão somente entre consangüíneos, mas entre seres humanos que partilham, convivem e mutuamente se ajudam, visando alcançar a felicidade. Quando é reconhecida, por exemplo, a posse do estado de filho, nada mais se faz do que reconhecer juridicamente o afeto existente entre pai e

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. art. 227, §6.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. Porto Alegre: RT, 2006. p 45.

³⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 4.ed. Curitiba: Positivo, 2009.

³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto, Código Civil Comentado, p. 43. In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das**

filho, com o objetivo de garantir a felicidade.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será como sempre foi: a família.⁴⁰

Essa valorização do afeto, dos sentimentos entre os familiares provocou intensa modificação na família. Seus membros passaram a ser mais flexíveis, a família passou a ser mais igualitária nas relações de sexo e idades, sujeitaram-se menos às regras e mais ao desejo, voltando-se a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus membros. É esse o conceito eudemonista de família, um grupo de pessoa que atua em busca da felicidade, da satisfação dos desejos. Foi em razão de tais modificações que se buscou inserir no conceito de família o afeto, visando explicar as famílias contemporâneas.

Como diz João Baptista Villela:

as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum.⁴¹

Não há, portanto, como negar que o afeto, embora não seja tratado pela legislação de forma expressa, é a base da família contemporânea, onde o carinho, respeito e consideração mútuos têm o objetivo de alcançar a felicidade, a realização, a satisfação pessoal dos membros das diversas formas de família atualmente existentes. Não há como conceber uma família sem tais características, visando tão somente objetivos patrimoniais. A família permanece firme e sólida quando existentes tais sentimentos, quando possuem consideração, preocupação de uns para com os outros. Evidente fica, assim, que atualmente o princípio da afetividade é o princípio que embasa que norteia o Direito de Família.

Famílias. 3 ed. Porto Alegre: RT, 2006. p. 60.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 3. ed. Porto Alegre: RT, 2006, p. 61.

⁴¹ VILELLA, João Baptista. As novas relações de família. In: ANAIS DA XV CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, Foz do Iguaçu, 1994. p. 645.

3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA QUANTO AO ESTADO DAS PESSOAS

“Quem de três milênios, não é capaz de se dar conta, vive na ignorância, na sombra, à mercê dos dias e do tempo.” Johann Wolfgang Von Goethe.

Este capítulo dedica-se a apresentar uma rápida, porém consistente e cronológica visão panorâmica da história do Direito de Família e sua evolução legislativa, uma vez que é sabido que a fisionomia da realidade humana em sociedade é sempre renovada ao longo do tempo. E, ainda que se apresentem lentas ou rápidas, árduas e difíceis, belas e agradáveis, injustas ou humanitárias, estas renovações e transformações inerentes à dinâmica do ser humano se realizam sem cessar, relacionando causas e efeitos, gerando conflitos, estabelecendo direitos e deveres, apresentando novas possibilidades e tornando outras ineficazes e obsoletas.

Ainda, nenhum fato ocorre isoladamente, ora estão direta ou indiretamente interligados, ora são uma evidente sucessão de eventos que provocam transformações, às vezes lentas, outras vezes em velocíssima carreira, cuja aceleração dos acontecimentos toma proporções tamanhas que atropelam toda a ordem já estabelecida, e mesmo o que até ontem se acreditava certo e explorado, emerge hoje com tamanha engenhosidade, vanguarda e audácia na arte de viver e conviver do homem que não raras vezes exige rápida adequação da moral, da ética e das ciências para preservar o bem estar humano na sociedade.

E, também, considerando que não se pode conceber conhecer com perícia ‘as partes’, sem antes ter no mínimo uma noção ‘do todo’, e que é premissa maior de toda mente inteligente ao se deparar com um fato, um assunto ou um fenômeno, imediatamente indagar, ‘o que é, como, quando, onde e o porquê’, é que se faz imprescindível para o estudo e tema deste trabalho de graduação empreender uma viagem no passado e apresentar um quadro histórico do Direito de Família, sua transformação, evolução e legislações respectivas ao longo das civilizações.

Antes, contudo, de voltar o olhar na direção da história do Direito de Família, é preciso lembrar, de forma rápida, do conceito e significado do já trabalhado termo família. Segundo o Dicionário Michaelis, a palavra família *“vem do latim e significa*

*peças aparentadas, que vivem em geral na mesma casa, particularmente o pai, a mãe e os filhos; pessoas do mesmo sangue; ascendência, linhagem estirpe.”*⁴²

Compreendido então o significado da palavra, pode-se em seguida visualizá-la com a clareza da sua importância dentro do Direito, objeto de nosso estudo, e que lhe dedica especialmente e em particular todo um ramo do Direito, que estuda e codifica este fenômeno social, a família.

De acordo com o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa⁴³ o Direito Civil considera família em conceito amplo, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. E o Direito de Família, aqui nosso alvo principal, ainda segundo este autor, estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como daqueles que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes como os pais, da sua proteção por meio da tutela e da proteção dos incapazes por meio da curatela. Dentro do campo legal, há normas que tratam, portanto, das relações pessoais entre familiares, bem como das relações patrimoniais, bem como de relações assistenciais entre os membros da família. O Direito de Família possui assim forte conteúdo moral e ético. As relações patrimoniais nele contidas são secundárias, pois são absolutamente dependentes da compreensão ética e moral da família. Sendo o casamento, ainda, o centro gravitador do Direito de Família, embora as uniões sem casamento tenham recebido parcela importante dos julgados nos tribunais nas últimas décadas, o que se refletiu decididamente na legislação.

Desse modo, importa considerar a família em conceito *amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em conceito *restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o mesmo pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular, a vigente Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental, conforme o disposto no parágrafo 4º do artigo 226: “*entende-se, também, como entidade familiar a*

⁴² FAMÍLIA. **Michaelis dicionário conciso língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

⁴³ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009, v.6, p. 2-5.

*comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*⁴⁴.

Por fim, como afirma Maria Berenice Dias:

mesmo tendo os olhos no novo e no futuro, ainda assim, para entender determinados institutos, é indispensável conhecer suas matrizes históricas, e dessa forma, se faz necessário algumas incursões ao passado, mas somente para avaliar situações presentes e para se ter uma idéia das mudanças levadas a efeito, e mostrar o grande impulso que ensejou a enorme evolução, quase uma revolução do direito das famílias.⁴⁵

Assim, visto e compreendido a família, sua inserção e conteúdo crucial para o Direito, podemos agora embarcar para uma viagem na história do Direito de Família.

3.1 O DIREITO DE FAMÍLIA NA ANTIGUIDADE

Esta compreensão da entidade familiar que nos tempos modernos tanto a doutrina jurídica, a lei e outros campos da ciência procuram defender, proteger, legislar, doutrinarem e fazer justiça para todos os seus membros, outrora nem sempre foi assim. Noutros tempos, no curso das primeiras civilizações, de acordo com a contundente e consistente bibliografia citada doutrinador Álvaro Villaça Azevedo⁴⁶, professor de Direito Romano que é, por certo se dá conta de vários milênios de história do Direito de Família e percorre os caminhos desse passado histórico com mais vagar, intensidade e minúcias. Segue-se então pela trilha deixada por seus passos incansáveis na pesquisa e estudos nesta área, no qual ele destaca que os registros históricos jurídicos mais antigos de natureza civil que se acham conhecidos, datam aproximadamente do ano *3.000 antes da nossa era*, final do quarto e início do quinto milênio, mais ao oriente. Trata-se de civilizações que já despertavam para a história do Direito, povos que se destacavam por seus códigos, legados escritos e que deixaram para a posteridade seus institutos quanto ao Direito de Família. Desses povos, os mais importantes são quatro: Babilônia, Egito, Hititas e Hebreus.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. art. 226, §4º.

⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. Porto Alegre: RT, 2006, p 8-10. passim

⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 29-55 passim

Durante os *cinco primeiros séculos da nossa era* todos estes povos foram reunidos no Império Romano, inclusive a Grécia, e vieram a florescer então as instituições do Direito Romano e sua importância na história e alicerce para todo o Direito do mundo moderno. Assim, nosso recuo no tempo, na evolução das instituições do Direito de Família, seus contratos de casamentos, suas normas e sanções, inicia-se com os registros conhecidos desses povos do oriente, *quatro séculos antes de nossa era*.

Primeiro, evocamos a Babilônia⁴⁷. Para esse povo o casamento tinha duas fases. Os contratos de casamento eram realizados em razão de acordo entre o futuro marido ou seus pais e os pais da futura esposa, com a entrega de soma em dinheiro, chamada *tirhatu*, que marcava o início de uma primeira fase matrimonial. Nesta ocasião, redigia-se um contrato que não era um simples meio de provar o casamento, mas indispensável à sua validade. Esse era, no direito babilônico, um simples contrato privado, com o nome de *rikâti*, que se aperfeiçoava entre o futuro marido e o pai da noiva, na presença de testemunhas que apunham nele seu sinal. E a redação desse contrato e a soma do dinheiro se aperfeiçoavam com a entrega da esposa ao marido. A prova desse contrato de casamento privado está no famoso Código de Hamurabi, em seu parágrafo 128, nestes termos: *"Se um homem tomou uma esposa e não redigiu seu contrato, essa mulher não é sua esposa"*.

Para os povos Egípcios⁴⁸, também havia a importância do contrato, que estabelecia as normas no matrimônio e seu reconhecimento. Na época da unificação do Alto Egito, (2100-1650) sob a autoridade dos Reis de Tebas, durante o médio Egito, dá-se conta da existência de um papiro de Turim da vigésima dinastia que não reconheceu a validade de um casamento entre um egípcio e uma estrangeira, e neste mesmo texto é mencionada a redação de um escrito, por ocasião do casamento, fixando obrigações pecuniárias entre os esposos e, ainda, há registros que confirmam que o casamento se fazia acompanhar de um escrito em que o marido discriminava os bens que voltariam para sua mulher, em caso de repúdio.

Mais adiante⁴⁹, no curso da história dessa fabulosa civilização egípcia, o Rei de Saïs, Bócoris (715-705), em cuja época se exigia os consentimentos dos esposos

⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 30

⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 31.

e também de um contrato escrito estabelecendo seu estatuto patrimonial e organizando uma comunhão de bens, sob a administração do marido. A igualdade dos cônjuges é restabelecida, tendo a mulher plena capacidade, inclusive, de dispor de seus bens próprios, especialmente os imóveis recebidos por sucessão. Mais adiante, sob a autoridade do Rei Amasis (568), levado ao trono pela plebe, é marcado por profundas reformas e o casamento neste tempo tem um contrato escrito, que se pode ser dissolvido pelo divórcio, tanto pela esposa quanto por seu marido pelas mesmas causas.

Para a civilização Hitita⁵⁰, casamento podia se efetuar pela compra ou pelo rapto. Invoca-se o parágrafo 28 do código Hitita em favor da existência do casamento por rapto, quando está ali redigido que obriga o raptor a devolver ao noivo frustrado, se houvesse, o que este último tinha dado a moça raptada e que os pais desta não deviam suportar restituição. Nos parágrafos 29 e 30 deste Código Hitita está o casamento por compra análogo ao babilônico, nos quais se estabelecem claramente sanções á não-realização do casamento. Nesse Código Hitita a entrega do dinheiro chamava-se *kusata*, ele o futuro marido entregava um kusata aos pais da noiva, os quais deveriam restituí-lo em dobro em caso de se oporem a realização do casamento e ao contrário se fosse o futuro marido que desistisse do casamento perderia o *kusata*.

Para esse povo excepcionalmente obstinado, os Hebreus,⁵¹ o direito matrimonial em grande parte estava codificado no Deuteronômio, um dos cinco livros de Moisés, a Bíblia. O casamento mesmo comporta várias cerimônias de caráter religioso e familiar, como aludido em várias passagens da Bíblia, tais como os documentos escritos, os banquetes, a benção dos noivos, as orações e os acompanhamentos em cortejo. Essas cerimônias implicam o caráter jurídico do casamento israelita, sendo certo que, nesse ponto ele é um contrato puramente civil.

A Bíblia menciona um só contrato de casamento. O casamento israelita era acompanhado da entrega de uma soma, pelo noivo, ao pai da mulher, conhecida essa espécie de sinal como *mohar* (historiadores vêem nesse costume uma relação com o *tirhtu* babilônico e o *mahr* árabe, existindo esse costume comum entre os

⁴⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 32.

⁵⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 32-33.

povos semitas). Entende-se esse costume como um presente para a família da noiva, para garantir a realização do casamento futuro. Contudo, qualquer das partes que não cumprisse a realização do casamento deveria restituir a soma recebida.

Para o direito hebraico, o casamento é concebido sob o ângulo das funções religiosas e sociais e é definido minuciosamente pelo *Talmud* e pelos textos sagrados, que o diferenciam estritamente do concubinato. Na antiguidade o casamento israelita não formava uma união precária e instável, e os jurisconsultos hebraicos, regulamentavam a forma do casamento, seus efeitos, suas causas de dissolução, os direitos e deveres recíprocos dos esposos e criaram a idéia de uma união sólida e durável, organizada no interesse da família que constitui a base da sociedade.

No mundo ocidental⁵², antes de ser acoplado ao Império Romano, o povo grego marcou indiscutível presença na história em vários ramos do conhecimento humano, mas a Grécia⁵³, devido à diversidade das suas cidades, estados e de seus regimes políticos, nos seus gêneros de vida traz particularidades quanto às instituições e legados relativos ao casamento. Desse modo, o direito relativo à cidade Estado de Esparta, torna-se mais arcaico que o de Atenas. Em Esparta⁵⁴ a desigualdade domina as relações sociais, a família fica fortemente submissa á autoridade de seu chefe e ao controle da cidade. Já em Atenas⁵⁵, nessa mesma época, o individualismo triunfou. Faltou sistematização do direito grego. Essa ausência de doutrina jurídica positiva compromete o conhecimento do direito privado grego. E, portanto as fontes mais confiáveis provêm de Atenas e o que se conhece é que a família grega ateniense é monogâmica, admitido pelos costumes o concubinato, e a mulher não era cidadã e não tinha acesso aos tribunais, nem direitos políticos, a mulher estava submetida a autoridade do *Kyrios*, seu pai ou seu tutor que administrava seus interesses e bens.

A pompa matrimonial desenvolvia-se por uma cerimônia pela qual o esposo ou alguém enviado por ele, após o *engyésis*, em data já fixada ia buscar a mulher

⁵¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 33-35.

⁵² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 35-37.

⁵³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 35-36.

⁵⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 35-36.

⁵⁵ 35-37.

em sua casa para conduzi-la à casa do conjugal. Em algumas cidades esse encargo era de um de seus homens revestido de caráter sacerdotal chamado *hérault*. Em Atenas⁵⁶ essa cerimônia ocorria sempre à noite de lua cheia, no mês de janeiro-fevereiro e as famílias faziam sacrifícios a Zeus e a Hera, os deuses perfeitos do casamento.

Durante os *cinco primeiros séculos da nossa era*, emergiu a civilização Romana, e seu poderio imperou sobre àqueles aludidos povos, e seu legado no direito é incontestável em quantidade e qualidade. Quanto ao direito de família, para o direito romano é objetivo e claro que o fundamento da família e da sociedade romana foi o casamento (*iustae nuptiae*), e também admitiram efeitos jurídicos de caráter pessoal e patrimonial semelhantes ao do matrimônio, para o concubinato.

No direito Romano, os dois conceitos de matrimônio que se mostram no *Digesto*, de Modestino e *nas Institutas* do Imperador Justiniano estão presentes dois elementos distintos: o objetivo, resultante da convivência do marido e da mulher e o subjetivo, representado pela afeição marital.

Pelo primeiro elemento não bastava o simples acordo inicial de viver sob o casamento, mas era necessária a convivência duradoura dos esposos, com a introdução da mulher no domicílio conjugal, mesmo não estando presente o marido. Esse elemento material representava não só a união sexual dos cônjuges, sua convivência, como também uma série de fatos que se inserem na expressão *honor matrimonii*, como a coabitação, a constituição de dote e a posição social.

O segundo elemento mostra a intenção dos cônjuges de considerarem-se marido e mulher (*affectio maritalis et uxoris*); e portanto, de ordem imaterial ou espiritual, consistindo na comunhão assistencial, enquanto durasse o matrimônio. O casamento romano não era um ato jurídico que se aperfeiçoasse pelo cumprimento de formalidades especiais, estava integrado pelos aludidos elementos objetivo e subjetivo.

Desse modo, o casamento romano exteriorizava-se, á vista dos parentes, dos amigos e da sociedade, como verdadeiro fato, do conhecimento público e com durabilidade convivencial dos esposos, animada pela recíproca afeição marital.

A ausência de formalidades jurídicas não implicava falta de cerimônias religiosas e sociais, que eram costumeiras entre os antigos romanos. Para

celebração das núpcias os romanos valiam-se do acordo dos nubentes, da participação do grupo social e da proteção dos deuses e essas cerimônias nupciais não tinham valor jurídico essencial, pois, elas não eram condição de formação do casamento, sendo suficiente o aludido acordo entre as partes sem formas para que uma união legítima se formasse, assim a sociedade atribuía às formas do casamento um valor que o direito ignorava. Em certos casos⁵⁷, os historiadores relatam que houve proibições de casamentos entre os romanos, todavia a lei simplesmente aceitava a intenção das partes de criarem sua sociedade matrimonial, admitindo as conseqüências de direito, e o casamento era mais uma instituição de realidade social do que jurídica.

Os matrimônios nos antigos direitos orientais⁵⁸ são concluídos por meio de contrato, geralmente realizado por um documento escrito, enquanto o fundamento jurídico do matrimônio romano constitui-se pelo simples consenso, expresso em qualquer forma pelos cônjuges. A diferença dos outros direitos antigos, nos quais o matrimônio é constituído pela manifestação de vontade só do homem, no direito romano é necessária a vontade de ambos os cônjuges e, portanto, a redação de um contrato nupcial e dotal não fazem por si só surgir o vínculo conjugal. Na experiência romana o matrimônio está mais que em qualquer outro instituto, regulado pelo costume, e é uma relação mais de fato do que de direito, e a norma jurídica descreve uma situação de fato á qual vêm reconduzidos determinados efeitos jurídicos. Era, pois, como premissa maior, justo e legítimo o casamento romano quando estivessem presentes três requisitos⁵⁹: o consentimento recíproco dos esposos, ou de seus *paters*, *se sujeitos ao poder destes; a puberdade e nubilidadade dos nubentes; e o ius conubii* destes, que consistia na posse do *status libertatis*, simultaneamente.

Quanto à dissolução do casamento romano⁶⁰, este se desfazia pelo divórcio, pela morte, pelo cativo, ou por outra eventual servidão de qualquer dos cônjuges. Quando um dos cônjuges se visse prejudicado poderia repudiar o outro, pois os romanos não exigiam que a separação dos esposos emanasse de decreto do

⁵⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 35-37. *passim*

⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 41.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 43.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 45.

⁶⁰ *ibid.* p. 52.

magistrado, uma vez que toda separação se resumia em uma atividade privada. O casamento romano podia então dissolver-se por mera mutação das vontades dos esposos, o que era muito natural para esse povo antigo justamente por causa do conceito deste instituto com fundamento na continuidade da *affectio*.

Nas transformações que se seguiram, após a queda do Império Romano, a rápida ascensão do Cristianismo se consolidou no mundo ocidental, e este condenou as uniões livres e instituiu o casamento como sacramento, pondo em relevo a comunhão espiritual entre os nubentes, cercanda-a de solenidades perante a autoridade religiosa, conforme expõe o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa⁶¹, e mostra a face dos preceitos de direito eclesiástico, denominado Direito Canônico, que considerou a família muito oportunamente como célula básica da Igreja, e durante a Idade Média teve seu apogeu frente o poderio da doutrina católica. Embora a família cristã sobrepujasse a família pagã, aquela guardou desta última. O caráter de unidade de culto, que na verdade nunca desapareceu por completo, adaptou-se ao preceito religioso vigente, e apesar de o casamento ser tratado na história mais recente apenas sob o prisma jurídico e não mais ligado à religião oficial do Estado, ainda assim a família se mostrou como a própria Igreja em miniatura, com sua hierarquia, seu local destinado ao culto, uma pequena capela, uma imagem ou um crucifixo ainda encontrado em muitos lares.

Percorrer viagem no tempo na história do direito de família é tarefa que vai além da inteligência, estimula e aguça o recurso encantador da imaginação, e certamente leva o pensamento tanto do graduando quanto de qualquer leitor para o universo dos cerimoniais de casamentos, contratos, bênçãos e rituais de mais de quatro mil anos atrás, e faz imaginar situações inúmeras de nubentes sonhadores, noivas prometidas ou de jovens raptadas no ardor da paixão dos enamorados, nesse diverso e incessante ritual de acasalamento do homem em sociedade.

Assim, foi possível observar, ainda que numa síntese, contudo com a imprescindível visão *do todo*, a família, o casamento e o direito de família que diretamente dela se origina, seus contratos, códigos e sanções que as civilizações tiveram por bem legar à posteridade. E como afirma com sua preciosa contribuição doutrinária a renomada Maria Helena Diniz⁶² o casamento, ainda é com certeza o

⁶¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v.6, p. 4-5. *passim*.

⁶² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 5.

centro de onde irradiam as normas básicas do direito de família. Essa assertiva foi constatada neste panorama da história do direito de família, que o casamento teve sim, esta mesma importância geradora das normas do direito de família no passado em todas as civilizações.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

E agora, de volta de um passado longínquo para um passado mais recente, no Brasil, a legislação sobre o casamento anterior ao código civil, como mostra Álvaro Villaça Azevedo⁶³, á época do descobrimento, colonizado por Portugal, vigorava o casamento religioso, regulado pelo Direito Canônico. Ao longo do Império, na monarquia no Brasil, ainda era forte a influência da Igreja Católica e do casamento sob a égide do direito canônico o qual se impõe até mesmo na Constituição Imperial de março de 1824. Ao longo do Império Brasileiro, outras leis foram editadas disciplinando a situação dos filhos havidos de casamento religioso e em 1847 vigora a lei que reconhece os filhos naturais, assim como em 1861 entra em vigor decreto que cuida da validade do casamento realizado entre pessoas de religiões cristãs, todavia apartadas do catolicismo, para que pudessem esses cristãos casar-se segundo o rito de sua religião. A partir de 1863 edita-se decreto regulamentador e o casamento passa então no Brasil a libertar-se do jugo católico. E finalmente, em 24 de janeiro de 1890, o Decreto número 181 regulamentou o casamento civil, após várias tentativas nesse sentido, por todo o período Imperial. Em seguida, neste mesmo ano de 1890, para excluir qualquer intransigência e dúvida que por ventura insistisse em contrariar o casamento civil, editou-se Ato do Governo Provisório, em 26 de junho, o qual proibia qualquer celebrante de casamento religioso que levasse adiante tal prática, antes do ato civil, sob pena de ser punido com a pena de seis meses de prisão e multa⁶⁴. Em seguida a Constituição Republicana de 1891, deixou patente esse posicionamento no artigo 72, §4º que estatui: *“a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração*

⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 122-126. passim.

⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 126.

*será gratuita*⁶⁵.

Por fim chegamos à República no Brasil, e nela foi sendo esboçado e em capítulos o Anteprojeto do Código Civil brasileiro que veio a luz e entrou em vigor em 1916.

Para ver e acompanhar as determinações deste Código quanto ao direito de família e a evolução da legislação nesse ramo do direito no Brasil segue-se no compasso e nos passos mais céleres e objetivos de Maria Berenice Dias⁶⁶, a qual mostra que este código regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original o código civil de 1916, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos. A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados que asseguravam a ela a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

A instituição do divórcio (EC 9/77 e Lei nº. 6.515/77) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a idéia da família como instituição sacralizada. O surgimento de novos paradigmas, quer pela emancipação da mulher, quer pela descoberta dos métodos contraceptivos e pela evolução da engenharia genética, dissociaram os conceitos de casamento, sexo e reprodução. O moderno enfoque dado à família pelo direito volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que enlaça seus integrantes.

A Constituição Federal de 1988 instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu igual proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Brasília: Senado Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 2 nov. 2009.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28-31. passim.

formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profundas modificações acabaram derogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, não recepcionados pelo novo sistema jurídico.

As Leis nº. 8.971/94 e nº. 9.278/96 surgiram para regulamentar a união estável, reconhecida pela vigente Constituição como entidade familiar.

O atual Código Civil, que ainda se costuma chamar de novo, entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003 e, embora bem-vindo, chegou velho, porque ainda é preciso e imprescindível que os lidadores do direito busquem aperfeiçoá-lo para que se adquira o viço que a sociedade moderna merece, dentre elas, combater inconstitucionalidades como a que trata desigualmente as entidades familiares decorrentes do casamento e da união estável, onde o Código Civil faz diferenciação sem respaldo constitucional, pois a Constituição não estabelece qualquer hierarquia entre as entidades às quais o Estado empresta especial proteção (CF art. 226), e o que o constituinte não distinguiu, não pode diferenciar a lei ordinária.

De acordo com o processo humano de contar o tempo, aqui se encerra este capítulo referente à evolução histórica e legislativa do direito de família, posto que cumprido está, no tempo e no espaço, o seu objetivo dentro desse trabalho de graduação. Todavia, a história continua e a existência humana já opera transformações antes mesmo do ponto final deste estudo. E assim, nalgum futuro não muito distante, muito bem poderá ser acrescentado num capítulo semelhante a este, até com certa indignação, que o futuro e atual “Direito das Famílias”, já foi outrora denominado de “Direito de Família”, tal qual preconiza a progressista e polêmica autora Maria Berenice Dias⁶⁷, que considera que a expressão ‘direito de família’ já perdeu o significado, e que o legislador não consegue acompanhar a realidade social e nem contemplar as inquietações da família contemporânea. E, tendo em vista a realidade social que inspirou o tema que enseja este trabalho de graduação, leva a crer que essa jurista está investida de toda razão.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

4 - DOS CONTRATOS EM GERAL

4.1 NOÇÃO DE CONTRATO

O negócio jurídico traduz-se em *“uma manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos”*⁶⁸. O contrato é espécie desse gênero negócio jurídico. É o negócio jurídico bilateral, ou seja, o pacto feito através da manifestação de vontade de duas ou mais pessoas. Através do contrato as partes pactuam o que lhes convier, contanto que não seja contra a lei.

No dizer de Clóvis Beviláqua *“o contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar os extinguir direitos”*⁶⁹.

Assim, toda vez que o negócio jurídico depender da conjunção de duas ou mais vontades, estaremos diante de um contrato. Logo, o contrato pode ser definido como o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos.

4.2 FUNÇÃO DO CONTRATO

O contrato tem como função e conteúdo constante ser o centro da vida dos negócios. É através dele que os interesses em comum se aperfeiçoam, dando valor jurídico à vontade dos pactuantes. O desenvolvimento do comércio só foi possível com a evolução e o aperfeiçoamento do contrato, que se tornou elemento indispensável à circulação de bens.

Como leciona o professor San Tiago Dantas:

o direito contratual do início do século XIX forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança das transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas.⁷⁰

O contrato *“é o instrumento prático que realiza o mister de harmonizar*

⁶⁸ VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, v.2, p. 331.

⁶⁹ RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3, p. 9.

interesses não coincidentes”⁷¹.

Por sua vez, entende Venosa que “O contrato é uma das mais legítimas liberdades individuais, pois através dele os indivíduos manifestam sua vontade livre”⁷². Ou seja, vê no contrato uma forma de exercício da liberdade individual, que ocorre por meio da exteriorização da vontade livre das partes.

Conclui-se, então, que o contrato tem como função unir duas ou mais vontades manifestadas livremente pelas partes atribuindo validade jurídica a tal manifestação.

4.2.1 Função Social do Contrato

O art. 421, CC afirma que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Conforme Silvio Rodrigues tal função social pode ser compreendida como:

relativo equilíbrio das prestações devidas por cada um dos contratantes, pois, se esse equilíbrio inexistir na constituição do contrato, permitida é a rescisão da avença por meio da lesão (CC, art.157); se o desequilíbrio advém da superveniência de fatores subseqüentes, admite-se sua resolução por onerosidade excessiva (CC, art. 478 a 480)⁷³.

Além de os contratantes terem como limitação à liberdade de contratar a função social do contrato, representada pelo equilíbrio nas prestações devidas, o legislador ainda determinou que os contratantes respeitassem, tanto na conclusão como na execução do contrato os princípios de probidade e boa-fé, visando tal harmonia contratual, conforme o disposto no art. 422, Código Civil “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Dessa forma, a função social do contrato representa uma limitação à autonomia da vontade dos contratantes que, atualmente, não podem mais contratar o que lhes aprouver, dando caráter eminentemente privado ao contrato, mas observar a função social do mesmo, jamais pactuando obrigação demasiadamente onerosa ou desequilibrada à uma das partes, visto que o contrato não mais é

⁷⁰ Ibid., p. 15.

⁷¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3, p. 11.

⁷² VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.2, p. 334.

⁷³ RODRIGUES, op. cit., p. 61.

observado sob a ótica do particular, mas sim através de uma perspectiva social, pois o contrato torna-se hoje, no dizer de Venosa “*um elemento de eficácia social, trazendo a idéia básica de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas como benefício da sociedade*”⁷⁴. Pois um contrato inadimplido não prejudica tão somente o credor, mas toda a comunidade.

4.3 FORMAÇÃO DO CONTRATO

Os contratos, como quaisquer negócios jurídicos, têm como elementos essenciais *agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei* e a não ocorrência de um desses elementos leva à nulidade do contrato. Além desses elementos, a cada contrato específico serão essenciais outros, decorrentes da natureza do contrato em questão.

Há, por sua vez, os elementos naturais que, no dizer de Venosa:

São elementos naturais os decorrentes da própria razão de ser, da essência ou natureza do negócio, sem que haja necessidade de menção expressa na contratação. São, por exemplo, elementos naturais da compra e venda a garantia que presta o devedor pelos vícios redibitórios (art. 441) e pelos riscos da evicção (art. 447)⁷⁵

Por fim, os contratos podem ser compostos pelos elementos acidentais, que são aqueles inseridos no contrato com o objetivo de alterar suas características naturais. No Código Civil estão presentes a condição, o termo e o encargo. Não são necessários, contudo, se inserido no contrato devem ser cumpridos. Assim, os elementos essenciais são aqueles necessários a existência do contrato, os naturais são aqueles que incidem no mesmo sem necessidade de avença, pois fazem parte de sua natureza, e os acidentais são inseridos ao contrato pelas partes, devendo ser obedecidos.

Como podemos verificar, os elementos essenciais são os mesmos dos negócios jurídicos trazidos pelo art. 104 do Código Civil de 2002⁷⁶, acrescentando-se a eles, para que estejamos diante de um contrato, a coincidência de vontades entre os participantes da convenção.

⁷⁴ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.2. p. 337.

⁷⁵ Ibid., p. 402.

⁷⁶ Código Civil de 2002, Art. 104. *A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.*

4.3.1 Manifestação de Vontade

O contrato só se aperfeiçoa pela manifestação concordante de vontade dos contratantes, pois, como já dito, é negócio jurídico bilateral. Essa manifestação é realizada através de uma declaração expressa ou tácita. Aquela ocorre quando uma das partes externa o seu pensamento, seja de forma escrita, oral ou por gestos, como os sinais usados num leilão, por exemplo. Esta, por sua vez, resulta de atos das partes incompatíveis com a decisão contrária, como, por exemplo, o início da execução do contrato pela remessa da mercadoria.

Cabe ressaltar que o silêncio da parte não pode ser equiparado à declaração tácita. Nesta a parte manifesta a sua vontade através de atos incompatíveis com vontade diversa. Já, no silêncio, não há atos tão quanto manifestação do querer, logo, em regra, ele não vincula o agente ao contrato. Contudo, há situações nas quais o silêncio possui função vinculadora, é o chamado 'silêncio qualificado'. Ele ocorre quando a lei, a vontade das partes ou o comportamento pretérito dos contratantes houver estabelecido para qualquer destes o dever de recusar expressamente a oferta, sob pena de se imaginar que a aceitou.

O Código Civil de 2002 corroborou o entendimento acima, afirmando em seu art. 111 que *“O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”*.

Em relação à manifestação de vontade, cabe ainda tratar da interpretação da mesma. Em sede de contratos devemos, primeiramente, verificar qual a intenção comum dos contratantes. Assim, dispõe o art. 112 do Código Civil que *“Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”*. Ou seja, existindo divergência entre as partes sobre o sentido de uma cláusula, pois, só quando houver divergência far-se-á necessária a interpretação, devemos buscar a real intenção dos contratantes ao invés da interpretação literal da cláusula em conflito. Para isso o juiz, intérprete do contrato, deverá fazer um exame de cunho subjetivo da vontade das partes e, posteriormente, restando dúvidas, proceder a um exame objetivo do conteúdo do contrato.

Além do art. 112, o Código Civil trouxe mais dois dispositivos que tratam de forma genérica a respeito da interpretação dos contratos:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. **Art. 114.** Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

É, portanto, com base nestes três artigos acima citados que interpretamos a manifestação de vontade dos contratantes, requisito essencial á formação dos contratos.

4.3.2 Capacidade Dos Contratantes

Agente capaz para o contrato é, em geral, o agente capaz para o negócio jurídico. Contudo, dependendo do caso em questão, a pessoa capaz para atos da vida civil não o é para determinado contrato. Essa incapacidade específica retrata a chamada falta de legitimação para o negócio jurídico, ou seja, o contrato. É a falta de aptidão específica, acabando com a capacidade do agente no contrato, sem a qual o mesmo se torna nulo, por ser a capacidade um requisito essencial.

Contudo, a falta de legitimação é de natureza circunstancial, pode perdurar por toda vida ou cessar a qualquer momento, quando deixar de existir o impedimento para a contratação específica.

4.3.3 Objeto Dos Contratos

Cabe aqui a diferenciação de objeto do contrato e obrigação do contrato. A obrigação é o objeto imediato do contrato, podendo ser de dar, fazer ou não fazer. A prestação contida nessas obrigações, ou seja, o que daremos, faremos ou não faremos é o objeto mediato do contrato. Embora haja a diferenciação, o exame da idoneidade do objeto refere-se tanto a obrigação - objeto imediato, como a prestação contida na obrigação - objeto mediato do contrato.

O objeto constitui requisito essencial ao contrato, sem o qual o mesmo é nulo.

Exige-se que tal objeto seja determinado ou determinável, possível, tanto física quanto juridicamente, lícito e suscetível de apreciação pecuniária.

Deve ser determinado, pois não é possível obrigar o devedor a cumprir uma obrigação indeterminada. Pode o objeto, contudo, não ser determinado na conclusão do contrato, mas deve, ao menos, ser determinável para que, no curso do contrato seja passível de determinação. Além de determinado, o objeto deve ser possível

física e juridicamente, ou seja, o contratante seja capaz de realizá-lo e o ordenamento não proíba a realização do mesmo. Deve, também, ser lícito, não podendo ir contra a lei, os bons costumes e a ordem pública.

Por fim, o objeto do contrato deve ser suscetível de apreciação pecuniária, pois “o *Direito não pode agir sobre realidades puramente abstratas*”⁷⁷. Toda obrigação contida num contrato deve ser passível de apreciação pecuniária, ainda que apenas em sede de execução forçada, para que sejam jurídicos. Caso contrário, ficarão apenas no campo da Moral. O objeto do contrato pode não ter valor patrimonial, como, por exemplo, uma obrigação de não fazer. Contudo, o inadimplemento dessa obrigação de não fazer vai acarretar uma indenização por perdas e danos, ou seja, terá efeito pecuniário.

Assim, para que a obrigação contratada seja jurídica, o objeto do contrato deve ser suscetível de avaliação em dinheiro, seja a obrigação em si ou a indenização decorrente de seu descumprimento, que visa o reequilíbrio da relação jurídica.

4.3.4 Forma dos Contratos

Como já dito, o contrato é o instrumento através do qual duas ou mais vontades se encontram e, para que isso ocorra, é necessário que essa vontade de exteriorize de alguma forma. A regra geral em nosso Direito é a da liberdade de forma para os negócios jurídicos⁷⁸. A lei, contudo, e as partes, quando assim desejarem, para atos específicos, exigem forma específica para a conclusão de determinados contratos (contratos solenes ou formais) visando garantir maior respeito e validade ao mesmo. Os atos para os quais a lei estipula forma específica são considerados nulos quando pactuados de maneira diversa⁷⁹.

A manifestação da vontade pode ocorrer de diversas formas, como a escrita, oral, gestual e, em algumas situações, através do silêncio. Todas são formas de contratar, de exteriorizar a vontade de celebrar o negócio jurídico.

A forma, além de ter como função a exteriorização da vontade, serve também

⁷⁷ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.2, p. 409.

⁷⁸ CÓDIGO Civil Brasileiro de 2002. **Art. 107**. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

⁷⁹ CÓDIGO Civil Brasileiro, **Art. 166**. É nulo o negócio jurídico quando: **IV** - não revestir a forma prescrita em lei;

de prova para o negócio jurídico.

Venosa dispõe que: *“A forma é a manifestação externa, perante a sociedade, que atesta existir um negócio jurídico subjacente. Ao mesmo tempo em que serve para exteriorizar a vontade, a forma serve de prova para o negócio jurídico”*⁸⁰.

Contudo, forma e prova não se confundem. A forma é o envoltório que reveste a manifestação de vontade. A prova é o meio que o interessado se vale para demonstrar legalmente a existência de um negócio jurídico. Quando a lei impõe determinada forma, o ato não pode ser provado senão quando ela for obedecida. Contudo, quando a forma é livre, o contrato pode ser provado por todos os meios admitidos em Direito.

A forma ainda pode ser estipulada por vontade das partes desde que a lei não exija forma especial. Assim, além de acordarem sobre o objeto do contrato, seu conteúdo, podem também determinar a forma que ele irá seguir, e a mesma se torna obrigatória. A idéia fica claramente demonstrada através do art. 109 do Código Civil: *“no negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”*.

A forma, por fim, ainda pode exigir que se dê publicidade ao contrato, através do registro do mesmo nos registros públicos. Caso não seja efetuado, a consequência não é a nulidade do contrato, mas sua inoponibilidade em relação a terceiros.

4.4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

4.4.1 Autonomia da Vontade

Tal princípio trata da possibilidade que tem o indivíduo de pactuar o que desejar através de um contrato e tal pacto possuir validade perante o ordenamento jurídico. Afirma que, cumpridos os requisitos tratados no item anterior, tais pactos são válidos, tendo as partes total liberdade a respeito da forma e da matéria sobre a qual irão transigir.

As partes podem fazer uso dos modelos contratuais já existentes, combiná-

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

⁸⁰ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 7.ed.

los entre si ou criar modelos novos, atípicos, visando regular o eventual conflito entre seus interesses. O princípio da autonomia da vontade determina, ainda, que as partes têm a liberdade de contratar ou não contratar e contratar aquilo que entenderem, quando capazes, e através de procedimento lícito.

Contudo, tal liberdade em contratar sofre restrições, quais sejam, a submissão à legislação vigente e que os objetivos visados com tal contrato correspondam ao interesse geral ou, pelo menos, não sejam opostos a ele.

No dizer de Silvio Rodrigues, *“é a prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do Direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam”*⁸¹.

Emilio Betti corrobora tal entendimento ao ensinar que:

É óbvio que o Direito não pode emprestar seu apoio à autonomia privada, para a consecução de qualquer fim que esta se proponha. Antes de revestir o negócio com sua própria sanção, o ordenamento jurídico valora a função prática que caracteriza seu tipo e o trata conseqüentemente. As hipóteses possíveis são três: a) Que não julgue sua função digna ou necessitada de tutela, caso em que ignora o negócio e o abandona a si mesmo como indiferente, deixando-o desprovido de sanção jurídica. b) Que considere, ao revés, sua função como socialmente transcendente e digna de tutela, e então reconhece o negócio e o toma debaixo de sua proteção. c) Ou que, finalmente, julgue reprovável sua função, e então combate o negócio, reconhecendo, entretanto, juridicamente transcendente o comportamento do indivíduo, mas no sentido de provocar efeitos contrários ao fim prático normalmente perseguido⁸².

Como já dito, o indivíduo pode contratar o que entender, mas tal liberdade esbarra na limitação trazida pelos preceitos de ordem pública, visto que, havendo colisão entre interesses particulares e os da sociedade, os desta é que prevalecem, pois, conforme Silvio Rodrigues:

a idéia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseguinte, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares⁸³.

Isso porque as normas de ordem pública, cogentes, interessam à estrutura da sociedade e à política jurídica estabelecida pelo legislador. Tais normas, se suprimidas por um acordo particular, ameaçam a própria estrutura da sociedade. As

São Paulo: Atlas, 2009. v.2, p. 410.

⁸¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3, p. 15.

⁸² VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 7.ed.

São Paulo: Atlas, 2009. v.2, p. 409.

⁸³ RODRIGUES, op. cit., v.3, p. 16.

normas que regulam o regime da propriedade, a segurança pública e o Direito de Família são exemplos de normas cogentes. Por sua vez, a noção de bons costumes também traz limitação à matéria a ser contratada, traduzindo-se a mesma nas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas por determinado grupo social e observadas quando da criação do sistema jurídico.

Assim, o princípio da autonomia contratual, onde as partes optam livremente a respeito da matéria a ser contratada, encontra limitação na já tratada função social do contrato, nos bons costumes e, por óbvio, na legislação de ordem pública.

4.4.2 Relatividade Das Convenções

Os efeitos do contrato atingem somente as partes que a ele se vincularam, não aproveitando nem prejudicando terceiros.

O Código Civil de 1916 dispunha em seu artigo 928 que a obrigação pactuada atingia os herdeiros dos contratantes. Atualmente não há mais tal efeito sobre os herdeiros ou sobre qualquer terceiro, pois não manifestaram sua vontade no ato da contratação, não podendo, conseqüentemente, submeterem-se aos efeitos do pacto. O princípio afasta a possibilidade de vincularmos, através de um contrato, a vontade de outrem que dele não participa. Contudo, não proíbe que se os contratantes disponham em benefício de terceiro, criando direitos ao mesmo.

Tal princípio, assim, representa um elemento de segurança, garantindo que nenhum indivíduo ficará preso a um contrato, a não ser que a lei determine ou a própria pessoa delibere.

4.4.3 Obrigatoriedade Das Convenções

Traduz-se na força vinculante do contrato. O mesmo, obedecidos os requisitos legais, torna-se obrigatório entre as partes. É uma espécie de lei privada que só se desfaz através de outro pacto. Caso seja descumprido, a lei prevê sanção ao inadimplente, qual seja a possibilidade de execução patrimonial do devedor. Afirma-se que, a partir do momento em que as partes abrem mão livremente de sua

liberdade, devem cumprir o prometido, ainda que venha a ser prejudicado pois, no dizer de Silvio Rodrigues *“quem diz contratual, diz justo”*⁸⁴.

Por sua vez, Silvio de Salvo Venosa acerca do tema:

O contrato, no sistema Frances, é posto como ponto máximo do individualismo. O contrato vale e é obrigatório, porque assim foi desejado pelas partes. Nesse sentido, diz o art. 1.134 do Código Civil Francês: *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que lês ont faites, ou seja, as convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei*⁸⁵.

No Brasil, todavia, não há dispositivo similar, contudo, entende Sílvio Rodrigues que a obrigatoriedade contratual visa atender a um anseio de segurança que é de ordem geral. Encara-se o tema através de uma perspectiva social, pois aquele que promete dar, fazer ou não fazer algo, cria uma expectativa no meio social, ou seja, afeta o equilíbrio da sociedade, equilíbrio esse que a ordem jurídica deve garantir.

Assim, o ordenamento jurídico, na garantia de tal equilíbrio, cria normas e regras compulsórias visando a obrigatoriedade do contrato. Compele aquele que se obrigou de forma livre e consciente e obedecendo ao prescrito em lei, a cumprir o pactuado, impondo a reparação das perdas e danos quando do inadimplemento.

Tal concepção da obrigatoriedade daquilo que foi contratado reflete o pensamento liberal do século XIX, admitindo apenas como exceção as situações de caso fortuito ou força maior, onde a obrigação seria extinta.

4.4.4 Boa-Fé

O conceito de boa-fé é de cunho ético. Revela o atuar digno e correto do indivíduo, baseado na honestidade e no propósito de não causar prejuízo a quem quer que seja. No dizer de Silvio Rodrigues *“seria a honestidade, a confiança, a lealdade, a sinceridade que deve ser usada pelos homens em suas relações internegociais”*⁸⁶.

Afirma, ainda, o citado autor, que a boa-fé pode ser vista de duas maneiras:

Uma maneira objetiva, que se poderia chama de boa-fé lealdade, e outra

⁸⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3, p. 18.

⁸⁵ VENOSA. Silvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.2, p. 332.

⁸⁶ RODRIGUES, op. cit., p. 61.

subjetiva, que se poderia chamar de boa crença. No primeiro caso se cogita daquele dever de lealdade genericamente imposto aos homens, no segundo, na boa-fé crença, da persuasão, ou seja, do convencimento que está agindo de maneira correta⁸⁷.

O princípio da boa-fé, portanto, traduz-se no atuar dos contratantes de forma correta, digna, sem proceder a artifícios ou recursos inidôneos, proceder com a mais estrita lealdade e sem a intenção de causar prejuízo a ninguém.

O Código Civil de 1916 não trazia expressamente o princípio da boa-fé, mas citava o mesmo em diversos artigos, alterando soluções que seriam diversas sem aquela posição psicológica⁸⁸.

Atualmente, o princípio da boa-fé, que já informava o campo dos contratos, é expressamente consagrado pela legislação através do art. 422 do Código Civil de 2002, o qual afirma que *“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”*.

4.5 EVOLUÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL

Como já dito no item anterior, o pensamento liberal do século XIX entendia pela obrigatoriedade do pactuado, admitindo a extinção da obrigação apenas quando da ocorrência de caso fortuito ou força maior. Contudo, no decorrer do século XX tal concepção sofreu intensa modificação, que atingiu de forma mais intensa o princípio da autonomia da vontade e o princípio da obrigatoriedade das convenções.

O primeiro tratava as partes como se estivessem em igualdade na relação jurídica, sendo livres para aceitar ou rejeitar os termos do contrato. Contudo, muitas são as relações nas quais uma das partes é mais fraca, submetendo-se às exigências da parte mais forte em razão da necessidade de contratar, havendo, por consequência, enorme desvantagem de sua parte e vantagens indevidas à outra.

Para solucionar tal problemática o legislador interveio e criou regras cogentes para limitar a autonomia da vontade, normas inderrogáveis pelas partes por serem

⁸⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3, p. 62.

⁸⁸ Código Civil de 1916. Art. 935. O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor. Art. 221. Embora anulável, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença

de ordem pública. Contudo, há certa dificuldade em se saber quais preceitos são de ordem pública, pois não há um rol taxativo. Em razão disso foi dada ao juiz ampla liberdade para decidir se uma norma é, ou não, de ordem pública. Essa liberdade jurisdicional acabou por restringir o princípio da autonomia, visto que o magistrado pode reduzir a liberdade dos contratantes através da interpretação das normas, determinando se são cogentes ou dispositivas. Além das restrições jurisdicionais quanto à interpretação dos preceitos, há também restrições legais, mais severas, que não disciplinam tão somente o conteúdo do contrato, mas obrigam uma das partes a contratar. São contratos de caráter coativo nos quais a vontade de contratar se reduz a um simples ato de obediência, visando evitar a imposição de sanções legais.

Da mesma forma, visa-se limitar o segundo princípio, da obrigatoriedade das convenções, afirmando que o contrato poderia ser desfeito quando da ocorrência de fatos extraordinários imprevisíveis que tornassem a obrigação excessivamente onerosa para uma das partes. É a teoria da imprevisão onde, tacitamente, estaria inclusa a cláusula *rebus sic standibus*, cláusula essa que prevê a resolução do contrato dependente de prestações futuras, se as condições vigentes se alterarem profundamente. Tal cláusula tem como fundamento a equidade, pois se no futuro houver profunda desproporção entre as prestações devidas pelas partes, seria injusto manter-se a convenção, pois restaria configurado o indevido enriquecimento de um com o injustificado empobrecimento do outro.

Silvio Rodrigues leciona que:

Não é mister que a prestação se torne impossível para que o devedor se libere do liame contratual. Basta que, através de fatos extraordinários e imprevisíveis, ela se torne excessivamente onerosa para uma das partes. Isso ocorrendo, pode o prejudicado pedir a rescisão do negócio ⁸⁹.

A teoria da imprevisão não é tratada de forma expressa pela legislação brasileira, contudo, os art. 478 a 480 do Código Civil de 2002⁹⁰, que tratam da resolução por onerosidade excessiva, traduzem a mesma idéia afirmada pela teoria

anulatória. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/codigocivil.htm>>. Acesso em: 07 nov. 2009.

⁸⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.3, p. 21.

⁹⁰ CÓDIGO Civil Brasileiro de 2002. **Art. 478**. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. **Art. 479**. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato. **Art. 480**. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-

da imprevisão, onde há como consequência a possibilidade de pedir resolução do contrato.

Assim, vemos que teoria dos contratos sofreu grandes mudanças e tem evoluído no sentido de restringir a amplitude dos seus princípios básicos visando torná-lo instituto mais justo.

V- DO CONTRATO DE NAMORO

A evolução ocorrida no Direito Contratual, tratada no capítulo anterior, e a conseqüente restrição dos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções em prol da sociedade demonstra como a mesma, quando se modifica, precisa que o Direito a acompanhe, alterando leis, restringindo ou ampliando a interpretação e aplicação de princípios, sempre com o fim de seguir a evolução da sociedade. São as mudanças nela ocorridas que dão origem às leis, às relações que emergem, à transformação dos costumes, às novas práticas mercantis entre tantas outras causas, que fazem com que o legislador atualize a norma existente ou crie uma nova, dando assim, amparo legal para as novas relações sociais.

Contudo, o legislador não o faz prontamente, nem sempre tem a capacidade de prever uma alteração na sociedade e a necessidade de editar uma nova lei ou alterar a vigente com o fim de tutelar a nova situação. Por vezes a sociedade se adianta à atividade legislativa e cria uma regra através de condutas reiteradas, forma que a mesma encontra para adaptar a lei às suas necessidades. O contrato de namoro possui tal origem.

Os casais, visando deixar claro que não têm o objetivo de constituir um relacionamento sério, que apenas namoram e esse namoro não consiste em direitos e obrigações recíprocas, principalmente patrimoniais, começaram a pactuar ao fim da primeira década do século XXI o contrato em questão. Ele não existe na legislação, não é contrato nominado, não possui disciplina legal, mas foi gerado pela sociedade contemporânea, demonstrando sua preocupação e temor à união estável, atualmente tutelada pela Constituição Federal de 1988 como entidade familiar, de onde decorrem direitos e obrigações recíprocas, as quais os namorados não querem que se configurem.

Será, contudo, possível, válido no mundo jurídico, tal contrato? Tem ele o condão de afastar a união estável, relação de fato, que se perfaz com a convivência pública, duradoura e contínua entre o homem e a mulher estabelecida com o objetivo de constituição de família? Não estaria o mesmo destruindo todo o longo

caminho que a legislação percorreu para tutelar tais relações fáticas, deixando à deriva milhares de entidades familiares ou, ao contrário, é contrato que deveria ser compreendido pela legislação, pois acompanha as modificações sociais e com fundamento no princípio da autonomia da vontade possui validade jurídica?

É o que será objeto de análise nos próximos itens.

5.1 CONCEITO DE NAMORO

Não há legislação tratando de forma específica do conceito de namoro. Assim, tal envolvimento pode ocorrer entre um homem e uma mulher ou entre pessoas do mesmo sexo. Contudo, apenas poderá ser considerada união estável o relacionamento entre homem e mulher, visto que a diversidade de sexos é um dos requisitos para a verificação da união estável.

As opiniões diferem em relação ao que seja um namoro, mas todas o vêem como uma relação sem compromisso, com o intuito de averiguar a compatibilidade entre os namorados, se possuem as mesmas opiniões, objetivos, intenções, ou seja, com o fim de conhecer um ao outro.

A Doutora Olga Inês Tessari afirma que:

O namoro representa uma fase de conhecimento mútuo do casal, no qual se percebem as semelhanças e as diferenças que irão aproximar o casal ou fazer com que eles terminem a relação. O que muda, ao longo do tempo, é a forma como acontece este conhecimento⁹¹.

O que quis dizer a Doutora é que, o objetivo de um namoro é conhecer o parceiro, a diferença é que a forma pela qual os casais se conhecem se modifica de geração a geração. Atualmente os namorados possuem mais intimidade, passam mais tempo juntos, podem, realmente, conhecer um ao outro a fundo e, futuramente, transformar aquele mero namoro em um relacionamento com mais seriedade.

No dizer da citada escritora:

O namoro da atualidade é mais aberto, as pessoas dormem juntas, viajam juntas, conversam muito e este convívio propicia um conhecimento mútuo muito mais profundo o que pode levar a casamentos mais estáveis⁹².

⁹¹ TESSARI, Olga Inês. **Namoro atual**. Entrevista concedida para o Jornal Rudge Ramos. maio, 2005. Disponível em: <<http://ajudaemocional.tripod.com/rep/id129.html>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

⁹² Ibid.

Contudo, apesar de, pelo ponto de vista tratado pela autora, essa maior abertura do namoro ser positiva, pois pode ter como conseqüência casamentos mais estáveis, essa maior intimidade, convivência pública e constante pode configurar uma união estável entre os casais de namorados. Ou seja, o namoro atual em muito se confunde com a união estável, conseqüência da maior liberdade da sociedade atual, podendo ser considerado um motivo, entre tantos, do início da celebração dos contratos de namoro.

Tal contrato de namoro, declaração de vontade dos namorados de que tal relação não passa de um mero namoro, sem mais intenções, principalmente patrimoniais, surge com o advento da lei de 96 que, ao contrário da lei do concubinato de 2004, que exigia cinco anos de convivência sob o mesmo teto ou prole em comum, não exige tais requisitos objetivos, gerando dúvida quanto à natureza dos relacionamentos - mero namoro ou união estável?

O CC de 2002, por sua vez, não trouxe uma solução para a subjetividade dos requisitos formadores da união estável, repetindo o disposto da lei de 96, através do art. 1.723, CC:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família ⁹³.

Foi, portanto, por conta dos requisitos subjetivos trazidos pela lei de nº. 9.278/96 e repetidos pelo CC que tais contratos entre namorados passaram a ser celebrados em nossa sociedade.

Entretanto, se os parceiros estão apenas namorando, embora um namoro de pessoas adultas, com aspectos de modernidade, como o fato de um passar dias e noites na casa do outro, e vice-versa, de freqüentarem bares, restaurantes, festas, de viajarem juntos, hospedando-se no mesmo hotel etc., quem vê de fora, e diante daquela convivência, que é pública, contínua, duradoura, pode concluir que está diante de uma união estável. Contudo, não será o caso, pois, apesar da aparência de união estável, falta àquele relacionamento um requisito essencial: o compromisso, o objetivo, a vontade de constituir uma família, tratando-se apenas de um namoro prolongado, permeado por características conseqüentes da moderna sociedade.

José Fernando Simão vê no namoro:

há uma forte idéia de fidelidade decorrente de um princípio de compromisso” “(...) a sociedade vê no namoro um compromisso moral, razão pela qual existem os chamados anéis de compromisso. A infidelidade não caberia na relação de namoro ⁹⁴.

O que compreendemos do conceito trazido pelo autor é que, apesar do namoro ser um relacionamento com maiores implicações, não se retira dele a lealdade entre os parceiros, para assim diferenciá-lo de um envolvimento eventual, mostrando que nele também existe o respeito, a cumplicidade e a fidelidade.

Interessante também se faz verificar o que seria o namoro no conceito da sociedade. Segundo pesquisa⁹⁵ realizada pela internet constatou-se que os entrevistados, jovens entre 21 e 27 anos, têm opiniões diversas do conceito de namoro. Uns entendem que o namoro é uma forma de relacionamento no qual os parceiros procuram se conhecer, verificar se possuem afinidades, objetivos em comum, para, posteriormente, ingressarem num relacionamento com maiores implicações, vêem o namoro como uma preparação para o casamento. Outros entendem que o namoro é uma forma de experimento sentimental, sexual, sem maiores implicações.

As opiniões diferem, evidenciando que não somente na união estável, mas também no namoro, está presente a subjetividade, subjetividade esta que dificulta também a diferenciação entre os mesmos.

Assim, entende-se que o namoro, sem excluir os tantos outros conceitos do mesmo, é um relacionamento entre duas pessoas que se unem em razão de um sentimento que têm uma pela outra, ou por qualquer outro motivo que não nos cabe aqui discutir, visando conhecerem-se, ver se possuem objetivos, opiniões, gostos, aptidões, princípios em comum e que perdura ao longo do tempo quando a companhia um do outro, a cada dia, se torna mais prazerosa, fazendo com que a intenção de permanecerem juntos aumente cada vez mais, evoluindo naturalmente para algo mais sério, muitas vezes uma união estável, ou se transformando, através das etapas exigidas pela lei, num casamento. É através do namoro que nasce nos indivíduos o afeto, o carinho, a preocupação e o respeito. A solidariedade de que

⁹³ CÓDIGO Civil Brasileiro, 2002, art. 1723.

⁹⁴ SIMÃO, José Fernando. A quebra das relações afetivas e os danos morais decorrentes: o ficar, o namoro e o casamento. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_quebra_da_relacoes.htm>. Acesso em: 11 ago. 2009.

⁹⁵ O QUE penso do namoro. Disponível em: <http://www.gostodeler.com.br/materia/9306/o_que_penso_do_namoro.html>. Acesso em: 14 ago. 2009.

tanto falamos. Nasce, entre tais casais, o que chamamos de cumplicidade, a paixão de transforma em sentimento mais sólido e sereno, o qual se costuma nomear de amor.

5.1.1 As Relações Jurídicas que Decorrem do Namoro

Uma das características mais importantes do namoro, independentemente da diversificação de seu conceito, é a de que não há em tal relacionamento, direitos e obrigações. Deve-se, contudo, ter cautela ao interpretar tal afirmativa. Quando falamos que não há tais obrigações, são as decorrentes de lei, exigidas pelos institutos jurídicos. Certo é que entre os casais e dentro da moral e dos costumes consolidados na sociedade, exige-se um mínimo, que se traduz em fidelidade, em lealdade. É obrigação de cunho moral, pois entendemos que o namoro é uma etapa que precede a relacionamento mais sério, como o casamento, por exemplo, onde existem direitos e obrigações recíprocos e que, para atingir tal relação tutelada pelo direito, há que existir o mínimo de respeito entre o casal desde o início do relacionamento. Caso contrário, dificilmente o mesmo chegaria a formar uma família, pois não teria as bases necessárias para evoluir a tal nível.

Contudo, certo é que, juridicamente, namorar não cria direitos nem deveres.

É com base nessa ausência de obrigações que os casais de namorados criam os contratos de namoro visando afastar a união estável, pois é relacionamento que não gera obrigações e direitos. É, assim, envolvimento que não gera conseqüências no mundo jurídico, principalmente patrimoniais. Não há, no namoro, o dever de prestar alimentos tão quanto de partilhar o patrimônio em comum.

O namoro cria, portanto, uma obrigação de cunho moral de respeito ao parceiro. Na órbita jurídica, contudo, não tem repercussão, não obriga, não vincula, não gera conseqüências jurídicas.

5.2 UNIÃO ESTÁVEL

Da união estável, entidade familiar constitucionalmente reconhecida, decorre inúmeras conseqüências jurídicas. Enquanto o namoro sequer é tratado na

legislação, a união estável foi reconhecida como entidade familiar, possuindo especial proteção estatal. Aos companheiros - assim denominados o homem e a mulher que se encontram em união estável - aplicam-se as mesmas obrigações e direitos do casamento; quando não estipulado, através do contrato de convivência celebrado entre os companheiros, a lei estabelece a eles o regime de comunhão parcial, o mesmo previsto para o casamento sem contrato pré-nupcial; prevê e facilita a conversão da união em casamento; estabelece o dever de lealdade, respeito e assistência entre os companheiros e de guarda, sustento e educação dos filhos. Ou seja, o Estado tutela as uniões sem casamento entre o homem e a mulher prevendo direitos e obrigações recíprocas e, ao assim o fazer, cumpre com o princípio da isonomia.

5.2.1 Conceito

A união estável é uma das formas de entidade familiar reconhecida pela Constituição Federal em seu art. 226, §3º. Contudo, difere do casamento, pois este exige rito específico para ser válido. Assim, a união estável é uma relação de fato que, com o passar do tempo, soma as características exigidas pela lei para seu reconhecimento.

Antes de adentrar nos requisitos propriamente ditos, é necessário destacar que apenas pode ser reconhecida como união estável a relação entre homem e mulher na qual não haja impedimentos para casar entre si. Isso porque, conforme afirma o professor Helder Martinez Dal Col:

A despeito da liberdade que caracteriza a união estável, há um conteúdo ético e moral que deve ser respeitado no que tange à formação da entidade familiar e que não pode ser flexibilizado, sob pena de aceitar-se uniões incestuosas como famílias constituídas validamente à margem do casamento⁹⁶.

Logo, a união estável apenas pode ocorrer entre pessoas não impedidas de casar, salvo a exceção segundo a qual a união estável se configura entre pessoas separadas de fato, mesmo sem o divórcio, pois com a separação já foi posto fim a sociedade conjugal. As relações esporádicas entre o homem e a mulher, com impedimento para contrair matrimônio, constituem concubinato, conforme art.

⁹⁶ DAL COL, Helder Martinez. **União estável e Contratos de Namoro no Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7100&p=1>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

1.727, CC ⁹⁷, isso porque o ordenamento jurídico não pode tutelar e tratar de forma igual a família e as relações adulterinas, visto que ofenderia demasiadamente tal instituto, desestruturando a sociedade, pois a família é a base da mesma.

Assim é o posicionamento jurisprudencial:

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO PARALELO AO CASAMENTO DO FALECIDO. Não se pode reconhecer união estável simultaneamente à existência de casamento, **se não restar cabalmente provada a alegada separação de fato**. O direito familista vigente consagra a monogamia e não tolera a concomitância de entidades familiares. Não há falar, in casu, em união estável putativa, pois ausente a boa-fé da recorrente que conhecia a situação marital do de cujus. NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA⁹⁸

5.2.2 Requisitos para a Configuração da União Estável

O art. 1.723 do Código Civil Brasileiro conceitua a união estável, trazendo seus requisitos:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família⁹⁹.

Temos como primeiro requisito a diversidade de sexos, ou seja, o relacionamento estabelecido entre um homem e uma mulher. Logo, os relacionamentos homoafetivos não configuram união estável, mas sim uma sociedade de fato. O Código Civil e as demais legislações ainda não criaram normas a respeito dessas relações diferenciadas que, a cada dia, crescem mais e mais, reclamando um conjunto de normas que as regulamentem o quanto antes, pois o Direito não pode marginalizar tais indivíduos, seres humanos dignos que necessitam da proteção do Estado, em razão de suas opções diferenciadas e não-tradicionais.

A jurisprudência, corroborando o entendimento doutrinário, decidiu que:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE **UNIÃO HOMOAFETIVA**. DESCABIMENTO. ENTIDADE FAMILIAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 226, § 3º, DA CF E 1.723 DO CC. EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO. PARTILHA DOS BENS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDOS NO PERÍODO.

⁹⁷ CÓDIGO Civil de 2002, Art. 1.727, CC - as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70008830184. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 11/08/2004.

⁹⁹ Vade Mecum RT, Código Civil Brasileiro de 2002. Art. 1.723. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.

APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE, POR MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA)¹⁰⁰.

AÇÃO DECLARATÓRIA. **UNIÃO HOMOAFETIVA**. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO HOMOSSEXUAL NÃO COMPROVADO. 1. A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento, o que não ocorre na espécie. 2. Não havendo sequer situação fática assemelhada a um casamento, sem que sequer tenha sido comprovada a relação homossexual, não há como reconhecer a pretendida **união homoafetiva** com o propósito de estender-lhe os efeitos próprios de uma união estável, não havendo sequer sociedade de fato. Recurso desprovido, por maioria. (SEGREDO DE JUSTIÇA)¹⁰¹

O segundo requisito para a caracterização da união estável é a convivência pública. Traduz-se, no dizer de Helder Martinez Dal Col:

Na exposição dos companheiros perante o grupo social ou familiar em que vivem, apresentando-se como um casal, partilhando os problemas comuns, prestando auxílio mútuo, moral e material, dispensando-se respeito e afeição¹⁰².

Ou seja, é aquele relacionamento notório, conhecido por todos que convivem e se relacionam como casal. Atualmente, prevalece na doutrina o entendimento de que não há necessidade de que os companheiros convivam sob o mesmo teto para que se configure a união estável. Tal entendimento foi ratificado pelo STF ao editar a Súmula nº. 382 “*A vida em comum sob o mesmo teto more uxório não é indispensável à caracterização do concubinato*”, sendo o termo concubinato, à época da edição da Súmula, usado para definir todas as formas de união entre casais que conviviam sem serem casados, abrangendo assim, a união estável.

A jurisprudência, por sua vez, partilha do mesmo entendimento, ao não trazer como requisito da união a convivência sob o mesmo teto:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURADA. NAMORO. PARTILHA DE BENS. QUESTÃO A SER DIRIMIDA EM OUTRA VIA JUDICIAL. Para a caracterização da união estável é imprescindível a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. No caso dos autos, o relacionamento ostentou contornos de um namoro, inexistindo, portanto, o objetivo de constituição de família.¹⁰³

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70026584698. Relator: José Conrado de Souza Júnior, Julgado em 25/03/2009.

¹⁰¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70018971804. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 08/08/2007.

¹⁰² DAL COL, Helder Martinez. União estável e Contratos de Namoro no Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 23, abr./maio, 2004, p. 130.

¹⁰³ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Oitava Câmara Cível Apelação Cível Nº 70032363335. Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 22/10/2009.

Não há que se negar razão ao posicionamento jurisprudencial e doutrinário, pois, até mesmo nos casamentos os cônjuges podem morar em residências separadas, muitas vezes por razões de ordem profissional, sem descaracterizar o casamento. O mesmo pode ocorrer na união estável onde, morando juntos e, após configurada a convivência duradoura, surja a necessidade de moradias diversas, não descaracterizando assim, tal união, pois a mesma já restaria configurada.

O terceiro requisito é a convivência contínua e duradoura.

A lei nº. 8.971/94 foi a que primeiro tratou da união estável, exigindo prazo mínimo de cinco anos de convivência contínua e estável para sua caracterização ou prole em comum. Contudo, como já afirmado acima, não é mais o tempo que configura ou não uma união estável ou a existência de filhos, pois o Código Civil de 2002 seguiu o determinado na lei nº. 9.278/96 que, ao regular tais relações não mais exigiu prazo, mas sim a comprovação de convivência duradoura, pública e contínua entre homem e mulher, como assim manteve o art. 1.723 do citado Código, que apenas inovou ao acrescentar a 'intenção de constituir família' entre os requisitos para a configuração da união estável.

Conforme Helder Martinez Dal Col:

Duradoura é a que se prolonga no tempo. Pública, a que se revela ao grupo social abertamente. Contínua, a que não sofre interrupções, enquanto durar, ou, se as sofre, que não sejam suficientemente numerosas ou prolongadas ao ponto de desnaturar o caráter da relação estável.¹⁰⁴

Contudo, após o advento da lei nº. 9.278/96 que retirou o prazo de cinco anos para a caracterização da união, surgiu a dúvida em relação ao tempo necessário para que se configure a união estável.

A respeito leciona Carlos Alberto Silveira Lenzi:

Muito embora a nova legislação não estabeleça o tempo da convivência duradora, nem se refira à fidelidade recíproca, nem a vida em comum sob o mesmo teto, entendo que cada caso concreto deve ser analisado pelo julgador, admitidos todos os meios probantes para se constatar se realmente fica tipificado o concubinato, que implica nas considerações acima expostas, observado, fundamentalmente, o conjunto probatório categórico da convivência duradoura, pública, contínua entre homem e mulher, com o objetivo de constituição de família, se possível. Estes princípios deverão ser observados, a fim de que não se valham os aventureiros das chamadas 'relações abertas', na dedução de pretensões

¹⁰⁴ DAL COL, Helder Martinez. União estável e Contratos de Namoro no Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 23, abr./maio, 2004, p. 131.

estapafúrdias a abarrotarem as já congestionadas Varas de Família do Judiciário nacional¹⁰⁵.

Entendo que a não disposição expressa da legislação sobre prazo da relação para que a mesma venha a ser união estável foi a posição mais correta a ser tomada pelo legislador, pois evita tratamento desigual de relações que configuram a união, por simplesmente uma delas não possuir o prazo legalmente estabelecido, cumprindo assim com o princípio constitucional da isonomia. Assim, tal questão foi deixada em aberto pela lei, dando liberdade ao juiz no momento da interpretação da norma, devendo prevalecer o bom-senso e o conjunto probatório caso a caso, não dando margem assim, a tratamento não-isonômico à matéria.

Como quarto requisito há a estabilidade, continuidade. Não há estabilidade num relacionamento desde o seu início, ela surge com o tempo, que solidifica e traz seriedade ao mesmo. Com o tempo os propósitos se intensificam e se tornam comuns. Vemos então, que a estabilidade é uma condição que ocorre ao longo de certo tempo, mas não há um prazo determinado na legislação, dependendo também do comportamento dos companheiros. Assim, um relacionamento longo, mas onde não há intenção de constituir família, traduzida no comportamento desregrado de uma das partes ou de ambas, nos rompimentos constantes e nos relacionamentos com outras pessoas, não será considerado estável. É critério extremamente subjetivo que necessita da análise caso a caso.

Tem-se, por fim, como quinto requisito trazido pelo Código Civil, a intenção de constituir família. Ela se revela principalmente através da existência de prole ou da programação da mesma. Contudo, não é condição essencial para a existência de intenção de constituir família, pois muitos são os casais que se unem depois da fase adequada à reprodução, simplesmente não desejam ter filhos ou são biologicamente impedidos de gerá-los, não desconfigurando a intenção de constituir família. Até porque a existência de filhos gera apenas presunção da intenção de constituir família e não sua certeza. Também não podemos ver tal requisito sob a perspectiva subjetiva de cada um dos companheiros, mas sim de modo objetivo, pelas condutas exteriorizadas, pois se ao contrário fosse, a simples alegação da intenção de constituir família por um dos companheiros configuraria tal requisito, afastando a realidade de fato, que é o que realmente tem validade e

¹⁰⁵ LENZI, Carlos Alberto Silveira. Regulamentado o concubinato. **Boletim Informativo Bonijuris**, Curitiba, n. 272, v.8, p. 3218. 1996.

interessa quando tratamos da união estável.

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. Para reconhecimento da união estável é necessária a prova de que o liame que une o casal tem o escopo de constituição de entidade familiar. No caso concreto, não restou comprovado esse viés no relacionamento, o que impõe a improcedência da pretensão. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO¹⁰⁶.

5.4 DIFERENÇA ENTRE NAMORO E UNIÃO ESTÁVEL

Tendo em vista os conceitos de namoro e de união estável acima tratados, percebemos o quão sutil é a diferença entre tais institutos. Ambos são de caráter subjetivo, não exigem prazo para se perfazerem, não há delimitação clara e objetiva do momento no qual aquele termina e este se inicia, razão pela qual, por vezes, os mesmos se confundem.

Tal confusão é resultante da evolução dos relacionamentos. Eles se tornaram mais abertos com as mudanças sociais e os casais de namorados, em sua grande maioria, ainda muito jovens, possuem ampla liberdade e um grau de intimidade elevado que somente existiria no futuro, com o casamento ou com a união estável, o que acaba embarçando a linha divisória entre o namoro e tal união.

Analisa, o advogado Douglas Philips Freitas:

Na atualidade, os namoros que nossos pais chamariam de ‘modernos’ permitem maiores liberdades, como viver juntos sob o mesmo teto, dividir despesas, ou seja, ter uma aparência de união estável ou casamento, mas sendo apenas namoro. Antigamente era mais fácil diferenciar: a união estável surgia quando o casal resolvia morar junto. Hoje, não mais.¹⁰⁷

A confusão toma proporções maiores porque a união estável, de acordo com a juíza da 2ª Vara de Família e Sucessões de Goiânia: “*não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos jurídicos*”¹⁰⁸.

Verifica-se, assim, que realmente há uma linha tênue a separar o mero namoro, de onde não advêm conseqüências jurídicas, pois não dá origem a direitos

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70031874142. Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 22/10/2009

¹⁰⁷ FREITAS, Douglas Philips. **Contrato de namoro**. Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www.sintrascoopa.com.br/?p=3900>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

¹⁰⁸ POVOA, Maria Luiza. **Namoro ou união estável?** Disponível em: <www.marialuizapovoa.com.br>. Acesso em: 22 ago. 2009.

e obrigações, da entidade familiar constitucionalmente reconhecida, denominada união estável a qual tem a capacidade de gerar tais efeitos. Essa dificuldade conceitual leva a conseqüências jurídicas de imensa gravidade, pois enquanto no namoro não há conseqüência jurídicas, na união estável elas estão legalmente previstas, como, por exemplo, a divisão do patrimônio adquirido durante a união. Seria uma extrema injustiça um namoro ser erroneamente visto como união estável e dele decorrer os direitos e obrigações para tal união estipulados pela lei, como a partilha dos bens adquiridos na constância da união ou o dever de prestar alimentos, por exemplo. Em contrapartida, a mesma injustiça se verificaria caso uma união estável não fosse assim reconhecida e à companheira ou ao companheiro não fosse dado o direito de ficar com parte dos bens adquiridos através de comum esforço. Vemos, portanto, que inúmeras são as conseqüências de um equivocado reconhecimento de relacionamento existente entre tais homens e mulheres, gerando graves efeitos jurídicos, que ora podem retirar direitos ou atribuir obrigações indevidas. Isso tudo, em conseqüência da subjetividade dos requisitos para a configuração da união estável, já tratados acima.

Em temor a tais conseqüência jurídicas é que, atualmente, surge o denominado contrato de namoro.

5.5 CONCEITO E FINALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

Com base no conceito de contrato tratado no capítulo anterior, podemos definir o contrato de namoro como o negócio jurídico bilateral, através do qual um homem e uma mulher que têm entre si um relacionamento denominado namoro, expressam sua livre vontade de não contrair, em razão da própria natureza do relacionamento que declaram ter, direitos ou obrigações recíprocas.

Contudo, tais direitos e obrigações não têm o condão de surgir do relacionamento que as partes declaram haver entre si, qual seja o namoro. Enquanto a relação existente for tão somente um namoro, não há necessidade de pacto para que clara fique a inexistência de deveres e obrigações, pois certo é que de um mero namoro não derivam tais conseqüências. Todavia, se configurada ficar a união estável, várias são as obrigações e os direitos que emergem entre os não mais chamados namorados, mas companheiros ou conviventes. Questiona-se,

assim, em que momento o relacionamento passa de um simples namoro para uma união estável, relação abarcada pela Constituição Federal, nossa lei maior, como entidade familiar com direito a especial proteção estatal.

Como já esboçado, os atuais requisitos exigidos pela lei para a configuração da união estável (relação entre homem e mulher, pública, contínua e duradoura, com o intuito de constituir família) são de caráter subjetivo, não exigem convivência sob o mesmo teto tão quanto um prazo determinado para que o relacionamento eventual tome a roupagem de união estável. Frente a essa indeterminação e insegurança que a legislação trouxe ao regulamentar a união estável, surgiram os contratos de namoro, com nada mais nada menos que o fim específico de afastar a configuração da união estável e os direitos e obrigações a ela inerentes, principalmente os de cunho patrimonial.

5.6 ORIGEM DO CONTRATO DE NAMORO

O contrato de namoro passa a ser pactuado em nossa sociedade ao final da primeira década do Século XXI, a partir da modificação dos requisitos exigidos para a configuração da união estável, relação de fato que, se configurada, gera direitos e obrigações recíprocas.

A lei que primeiro disciplinou os relacionamentos sem casamento, à época ainda denominados concubinato, foi a lei nº. 8.971/94 e, posteriormente a lei nº. 9.278/96, que passou a chamá-los de união estável. Aquela exigia requisitos específicos para a sua verificação, quais sejam prazo de cinco anos de convivência ou existência de prole. Esta, contudo, modificou a nomenclatura 'concubinato' para 'união estável' e não mais exigiu prazo de relação tão quanto prole em comum, mas sim a convivência pública, duradoura e contínua entre homem e mulher, requisitos, agora, de caráter subjetivo.

Com isso, a diferença do simples namoro para a união estável tornou-se tênue, senão nebulosa, passando a depender sobremaneira do juízo de convencimento do magistrado. Qualquer relação, não importando o seu tempo de existência, poderia, teoricamente, desde que verificada a estabilidade e o objetivo de constituição de família, converter-se em união estável¹⁰⁹.

¹⁰⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de namoro**. Disponível em:

Por sua vez, o Código Civil de 2002 apenas acrescentou a definição da lei de 1996 o requisito de 'intenção de constituir família'.

Os casais de namorados, frente à possibilidade de se verem numa união estável, passaram a celebrar o contrato de namoro, através do qual afirmam a inexistência da intenção de constituir família com aquele relacionamento, afastando, assim, a configuração da união estável. *"Talvez para garantir o entendimento claro das intenções e do modo de ser e pensar, é que tais contratos estejam sendo utilizados em maior escala"*¹¹⁰.

Essa preocupação parece ter-se intensificado após o advento do novo Código Civil de 2002, que encampou as legislações pretéritas que disciplinavam a união estável, posto que, muitas pessoas ainda desconheciam as legislações pertinentes à espécie, por estarem esparsas em diversas normas jurídicas¹¹¹.

Contudo, conforme nos informa Rafael Nogueira da Gama:

Tais contratos de namoro, entretanto, não foram bem vistos pela doutrina e pela jurisprudência dominante em nossos Tribunais, caindo em desuso. Os motivos para tanto são vários, desde a ausência de meios de verificação da legitimidade da declaração (ou da ausência de coerção entre as partes) até a inexorável verificação de que o relacionamento tende a evoluir com o tempo e o que hoje é mero namoro, amanhã pode se tornar um relacionamento sério, estando ambas as partes convencidas de que a união se perpetuará ao infinito¹¹².

O citado autor mostra um ponto de vista peculiar. Diz que, com a entrada em vigor do atual Código Civil, que equiparou a união estável ao casamento, os casais passaram a querer regular a relação sem casamento na qual viviam, celebrando o contrato de convivência. Afirma ele:

A partir daí, os "contratos" tomaram feição contrária. Se antes o objeto era demonstrar que não se configura o relacionamento para fins de direitos patrimoniais, agora se busca regulamentar justamente tais direitos. Isto porque é possível ao casal que decide não oficializar sua união através do casamento regular da maneira que melhor lhe convier o regime de bens a vigorar na relação, tal qual é feito no casamento, pelo pacto antenupcial.

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8319>>. Acesso em: 22 set. 2009.

¹¹⁰ DAL COL, Helder Martinez. União estável e Contratos de Namoro no Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 23, abr./maio, 2004, p. 143.

¹¹¹ ROMANO, Tiago. **Contrato de namoro**. Disponível em:

<<http://www.tribunaimpressa.com.br/Conteudo/Contrato-de-namoro,26423,26431>>. Acesso em: 28 set. 2009.

¹¹² GAMA, Rafael Nogueira da. Contrato de Namoro X Declaração de União Estável. **Redação O Estado do Paraná**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248775/?noticia=CONTRATO+DE+NAMORO+X+DECLARACAO+DE+UNIAO+ESTAVEL>>. Acesso em: 26 set. 2009.

Através de tal instrumento, o casal não só decide livremente sobre o regime de bens, como também oficializa a união, estabelecendo data de início da mesma, o que torna a divisão de bens bastante mais fácil, caso o relacionamento venha a um fim, além de garantir direitos sucessórios ao parceiro e aos filhos do casal”¹¹³.

Conclui-se, portanto, que o contrato de namoro surge com o advento da lei de 1996, que regulamentou a união estável e determinou requisitos subjetivos para a sua configuração. Frente a tal subjetividade, os casais de namorados iniciaram o pacto dessa modalidade contratual, visando afastar a união estável e as conseqüências que dela adviriam.

5.7 POSICIONAMENTOS PELA VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

Necessário se faz discorrer sobre os argumentos daqueles que entendem pela validade do mesmo, até porque tais posicionamentos funcionam como argumentos pela invalidade do pacto entre os namorados.

Alegam, ser tal contrato, *“uma forma de evitar que um dos namorados peça pelo direito a metade dos bens adquiridos ao longo do relacionamento ou por uma pensão alimentícia com o fim do relacionamento”*¹¹⁴, fundamentando tal validade na idéia de que *“um namoro não é uma relação jurídica, se resumindo aos planos social e afetivo”*¹¹⁵.

O único entendimento que depreendendo de tal argumento é que, sendo o namoro uma relação com conseqüência tão somente de cunho social e afetivo, não existiria a possibilidade de pleito algum por um dos namorados em relação ao outro, logo, a declaração de namoro evidenciaria tal situação. Contesta-se a afirmativa dizendo que se se entende e se afirma, como acima se fez, que do namoro não decorrem direitos e obrigações, desnecessária a declaração de que se encontram num singelo namoro.

Afirmam, ainda, que *“a validade do contrato de namoro é relativa, perdurando até que um dos companheiros sinta-se prejudicado e venha a questioná-la, onde aí*

¹¹³ GAMA, Rafael Nogueira da. Contrato de Namoro X Declaração de União Estável. **Redação O Estado do Paraná**. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248775/?noticia=CONTRATO+DE+NAMORO+X+DECLARACAO+DE+UNIAO+ESTAVEL>. Acesso em: 26 set. 2009.

¹¹⁴ GIMENEZ, Letícia. **Contrato de namoro pode evitar partilha de bens e pensão alimentícia**. Disponível em <<https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhejornal&ID=13949>>. Fonte: Última Instância. Acesso em 28 set. 2009.

¹¹⁵ Ibid.

sim deverá ser analisado cada caso individualmente, observando-se as suas peculiaridades ¹¹⁶.

Zeno Veloso comunga do mesmo entendimento:

“Tenho defendido a possibilidade de ser celebrado entre os interessados um “contrato de namoro”, ou seja, um documento escrito em que o homem e a mulher atestam que estão tendo um envolvimento amoroso, um relacionamento afetivo, mas que se esgota nisso, não havendo interesse ou vontade de constituir uma entidade familiar, com as graves conseqüências pessoais e patrimoniais desta.”¹¹⁷

O autor argumenta que *“nada na lei veda que os interessados celebrem tal contrato. E mais: em muitos casos ele pode ser de enorme utilidade, evitando delicadas questões futuras”* ¹¹⁸.

Por fim, ainda há o entendimento segundo o qual tal contrato é válido até a data da assinatura, ou seja, é uma declaração, ao fim de um relacionamento, com o objetivo de provar que o que se teve até aquela data foi um namoro, sem intenção de constituir família.

Vemos, desse modo, que até aqueles que afirmam a validade de tal contrato, a condicionam, o fazem de maneira relativa, levando à conclusão de que tais contratos, em verdade, só podem ser válidos quando não questionados, ou seja, nada regulamentam, pois, uma vez infirmados por qualquer dos conviventes, passam a não ter validade jurídica. Assim, entendo que o fundamento daqueles que afirmam a validade de tal contrato é falho, pois não modifica o entendimento da invalidade do contrato, quando questionado.

VI - DA INVALIDADE JURÍDICA DO CONTRATO DE NAMORO

¹¹⁶ROMANO, Tiago. **Contrato de namoro**. Disponível em: <<http://www.tribunaimpressa.com.br/Conteudo/Contrato-de-namoro,26423,26431>>. Acesso em: 28 set. 2009.

¹¹⁷VELOZO, Zeno. **Contrato de namoro**. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/artigocontratodenamorozeno.htm>>. Fonte: Publicado no "O Liberal" edição de 28.03.2009. Acesso em: set. 2009

O objetivo principal deste trabalho é avaliar a validade ou invalidade jurídica do denominado contrato de namoro, verificar se tal celebração, manifestação livre da vontade das partes, consubstanciada no princípio da autonomia da vontade, possui eficácia no mundo jurídico.

Como já dito, a união estável é uma relação de fato que, para restar configurada, exige que exista uma relação entre um homem e uma mulher desimpedidos de casar, onde a convivência de ambos seja pública, contínua e duradoura, tendo o casal o objetivo de constituir uma família. A partir do momento que tais requisitos são constatados a união estável passa a existir. Ela não depende de um processo de habilitação e de um ritual específico como se exige para o casamento, para que tenha validade. Não exige documento algum, tão quanto o registro do mesmo. A união estável simplesmente passa a existir, a vigorar entre o homem e a mulher, chamados agora de conviventes ou companheiros, sem nenhuma solenidade. É fato puro e simples, eivado de total validade jurídica e, conseqüentemente, inúmeros direitos e obrigações. Tais direitos e obrigações, por sua vez, são disciplinados legalmente por normas cogentes, como já salientado, normas essas inafastáveis.

Contudo, em determinado momento essa relação fatídica se vê frente a um contrato escrito, um documento no qual se afirma não existirem tais características naquela relação que, de fato, existe. É real.

6.1 ARGUMENTOS PELA INVALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

6.1.1 Normas Cogentes

Aqueles que entendem pela invalidade do contrato de namoro afirmam que, por serem as normas de Direito de Família cogentes, um contrato escrito não pode as afastar, pois elas vigoram em detrimento da vontade particular das partes. O princípio da autonomia da vontade aqui não vigora, prevalecendo o que a norma pública determinou.

¹¹⁸ Ibid., 2009.

“Esses contratos de namoro são desprovidos de validade jurídica, não se pode reconhecer um contrato que quer afastar normas constitucionais, normas civis, normas cogentes de ordem pública, são direitos indisponíveis. Esse contrato de namoro é nulo, pela impossibilidade jurídica do objeto. O próprio contrato de namoro já é prova de uma relação estável que se quer negar”¹¹⁹.

Tratamos no capítulo 1, item 1.2, da natureza jurídica do Direito de Família, chegando à conclusão de que o mesmo é ramo do Direito Privado, pois trata de interesses e relações de cunho pessoal, personalíssimo em determinadas situações. Contudo, clara ficou a interferência do Estado na disciplina de tal matéria, pois, sendo a família base da sociedade, tem o Estado não só a obrigação, mas especial interesse em tutelá-la para garantir sua própria estrutura. Assim, encontramos o Direito de Família disciplinado, em sua grande maioria, por normas de ordem pública, cogentes, em relação às quais os indivíduos não podem dispor.

Tais normas cogentes, e não seria diferente, disciplinam também a união estável.

A mesma foi reconhecida como entidade familiar com especial proteção do Estado, pois, família sendo, também é base da sociedade; concederam-se os mesmos direitos aos filhos, havidos ou não do casamento, incluindo, assim, aqueles nascidos da união estável, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação; aplicou-lhe os mesmos impedimentos previstos ao casamento¹²⁰, salvo aquele em relação às pessoas separadas de fato ou judicialmente; impôs a obediência aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos¹²¹; facilitou sua conversão em casamento e, em não havendo contrato escrito entre os companheiros, aplicou-lhes o regime da comunhão parcial de bens.

Todos esses direitos e deveres acima narrados, além de outros aqui não citados, derivam de normas de ordem pública, sobre as quais as partes não podem contratar de forma diversa, pois, como dito acima, visam, além de proteger direitos do próprio indivíduo com o objetivo de conceder-lhe uma vida digna, a manutenção da

¹¹⁹ GIUDICE, Lara Lima. **Contratos de namoro**. Disponível em:

<<http://www.soartigos.com/articles/840/1/Contrato-de-Namoro/Page1.html>>. Acesso em: 02 set. 2009.

¹²⁰ **Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. **§ 1º** A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando o inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

¹²¹ Código Civil Brasileiro, art. 1724.

estrutura estatal que tem como alicerce a família. Assim, por meio de normas cogentes, o Estado mantém a existência da família, mantendo a si mesmo.

O Código Civil Brasileiro determina que “*é nulo o negócio jurídico quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa*”¹²².

Dessa forma, o contrato de namoro é nulo de pleno direito, pois visa afastar as normas que regulam a união estável, normas de ordem pública, inderrogáveis por vontade das partes.

6.1.2 Relação de Fato

De forma secundária, havendo os requisitos da união estável, não há como um contrato a afastar, mesmo que as normas que a regulassem não fossem de caráter público, pois um contrato não pode extirpar aquilo que existe no mundo real, que se perfez. “*Toda união pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família é união estável. Não há como evitar a configuração*”¹²³. Ou seja, não há como dizer que o que já se configurou não existe.

A união de fato ou o concubinato, didaticamente, poder ser: puro ou impuro. Será *puro* se se apresentar como uma união duradoura, sem casamento civil, entre homem e mulher livres e desimpedidos, isto é, não comprometidos por deveres matrimoniais ou por outra ligação concubinária¹²⁴.

O que se pretende constatar com o citado acima é que a união estável é uma espécie de união de fato, ou seja, a partir do momento em que seus requisitos estão presentes, não há como negar sua existência.

Certo é que, a prova da união estável não é simples em face de seus requisitos subjetivos, mas, sendo constatados, não há como uma disposição contratual dizer o contrário. Fato é fato, e contra o mesmo, não há argumento.

6.1.3 Carência e Impossibilidade do Objeto

¹²² Código Civil Brasileiro de 2002, art. 166, VI.

¹²³ GIMENEZ, Letícia. **Contrato de namoro pode evitar partilha de bens e pensão alimentícia**. Disponível em: <<https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhejornal&ID=13949>>. Fonte: Última Instância. Acesso em: 02 out. 2009.

Como já tratado no Capítulo 4 deste trabalho, os contratos exigem, para sua validade, os mesmos requisitos do negócio jurídico dispostos no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: agente capaz; objeto lícito, *possível, determinado ou determinável*; forma prescrita ou não defesa em lei.

Entende-se que no contrato de namoro há dois problemas em relação ao objeto, requisito disposto no art. 104, II, CC. O primeiro problema dá-se quando o contrato é celebrado enquanto ainda há apenas o namoro, inexistindo a união estável. Nessa situação, há *carência* de objeto, pois o contrato tem por fim afastar direitos e obrigações inexistentes, visto que o namoro não cria tais conseqüências.

Em contrapartida, quando o contrato é celebrado visando afastar a união estável já configurada, há a impossibilidade jurídica do objeto, pois o contrato visa afastar um instituto disciplinado por normas cogentes, inderrogáveis pela vontade das partes. Logo, passa a ser contrato nulo de pleno direito, conforme art. 166, II e VI, CC.

Corroborando tal entendimento, afirma Pablo Stolze Gagliano:

Por isso, não se poderia conhecer validade a um negócio que pretendesse afastar o reconhecimento da união, cuja regulação é feita por normas cogentes, de ordem pública, indisponíveis pela simples vontade das partes. Trata-se, pois, de contrato nulo, pela impossibilidade jurídica do objeto ¹²⁵.

Portanto, tanto no momento em que inexistente união estável como no qual a mesma resta configurada, o contrato de namoro perece, visto que no primeiro caso inexistente objeto e, no segundo, há a total impossibilidade do mesmo, tornando o contrato de namoro nulo de pleno direito.

6.1.4 Direitos de Terceiro

Em quarto lugar, empregar validade a tal contrato de namoro seria temerário em vista dos direitos de terceiros.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007p. 368.

¹²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de Namoro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8319>>. Acesso em: 22 set. 2009.

Conceba-se a hipótese de terceiros, que de qualquer modo sintam-se prejudicados com tal espécie de contrato, que poderia vir a ser utilizado como forma de dissimulação da união estável, especialmente no que diz respeito ao patrimônio adquirido na constância dessa relação.

Imagine-se a hipótese de um credor da mulher, que a julgava casada ou pelo menos convivendo maritalmente com o parceiro fixo, habitual, com o qual mantinha relação estável, notória e continuada, mas ante o inadimplemento desta, descobre que todo o farto patrimônio apresentado e ostentado no momento da concessão do crédito pertence tão-somente àquele, que agora se intitula mero "namorado" e exhibe contrato escrito para comprovar tal estado.

Certamente caberia a postulação da ineficácia das disposições do contrato de namoro pelo credor, em face das obrigações contraídas pela devedora, buscando, na comunicação do patrimônio adquirido na constância da união, a satisfação de seu crédito. Observe-se que não se trataria de nulidade do avençado entre os companheiros, mas de ineficácia da avença em relação ao terceiro de boa-fé”¹²⁶.

Tal exemplo configura um verdadeiro absurdo legal que, se aceita a validade do contrato de namoro, ocorreria freqüentemente em nossa sociedade como forma lícita, autorizada de fraude. Certo é que não se pode tolerar tal situação. Não pode o ordenamento jurídico conceder validade, eficácia, a contrato que tem o condão de fundamentar ilegalidades. O mesmo autor, contudo, traz a solução que entende pertinente para o caso acima citado:

“Frente às novas disposições de lei, inseridas no Código Civil vigente, far-se-ia de bom alvitre, pelo menos, retomar as propostas legislativas que obrigam os companheiros a declarar seu estado de mútua convivência, no momento da assunção de qualquer obrigação, para resguardar os interesses de terceiros”¹²⁷.

Assim, diante de todos os argumentos no trabalho expostos, entendo pela invalidade do contrato de namoro perante o ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, por não ser necessário, carecendo de objeto, visto que no namoro não existem direitos nem deveres a serem regulamentados. Secundariamente, porque visa afastar normas de ordem pública, o que não pode ocorrer pela própria natureza destas. Em terceiro lugar, porque, a união estável é situação inafastável através de um contrato, visto ser relação de fato. Em quarto lugar, porque pode ser usado como instrumento de fraude à terceiros, enquanto não é criada nem exigida pela lei a declaração de estado civil de companheiro, no momento da contratação com terceiros. E, por fim, em razão de a legislação já ter criado solução válida e

¹²⁶ DAL COL, Helder Martinez. **União estável e contratos de namoro no Código Civil de 2002.** Texto extraído do Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7100&p=1>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

eficaz, qual seja o contrato de convivência, através do qual os conviventes estabelecem direitos e obrigações, tanto de caráter pessoal como patrimonial.

Por fim, há o posicionamento jurisprudencial que, ao longo dos anos, vem reiterando não ser o namoro uma modalidade de entidade familiar, logo, não pode ser confundido com a união estável:

ENTIDADE FAMILIAR. o namoro ou noivado nao configuram este novo conceito de familia chamado inicialmente de sociedade de fato e hoje de uniao estavel, susceptivel de gerar sequelas patrimoniais. apelo provido em parte¹²⁸.

UNIAO ESTAVEL ANTECEDENTE AO CASAMENTO. o periodo de namoro e noivado que antecedeu o casamento nao configura uniao estavel para fins de partilhamento dos bens entao adquiridos. apelo improvido¹²⁹

DISSOLUCAO DE UNIAO ESTAVEL. NAMORO POR DEZESSEIS ANOS. PRESSUPOSTOS. FALTA. PARTILHA. PROVA DA CONTRIBUICAO. IMPOSICAO DE VALOR A TITULO DE DANO MORAL. CABIMENTO. Não se logrando demonstrar que espaçada relação de dezesseis anos tenha constituído uma união estável, inclusive sem prova concreta de contribuição da namorada na aquisição do patrimônio do varão. Apelo provido em parte. Segredo de Justiça¹³⁰.

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. IMPROCEDÊNCIA. Não se caracterizando o **namoro** mantido entre os litigantes uma união estável, ante a ausência de comunhão de vida e de esforços entre eles para o progresso do relacionamento, mantém-se a improcedência da ação. Apelação desprovida¹³¹.

O namoro prolongado, mesmo com congresso íntimo, desenrolado enquanto as partes resolviam anteriores casamentos, não induz união estável. Apelação desprovida e agravo retido rejeitado. Segredo de justiça¹³².

UNIÃO ESTÁVEL. PRESSUPOSTOS. AFFECTIO MARITALIS. COABITAÇÃO. PUBLICIDADE DA RELAÇÃO. PROVA. 1. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar, ficando comprovado que eram namorados e que pretendiam futuramente constituir uma família, tanto que chegaram a noivar, pouco antes de romperem a relação entretida. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. 3. Não comprovada a entidade familiar, nem que a autora tenha concorrido

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 597176346, Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/02/1998.

¹²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 598349306, Sétima Câmara Cível, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/03/1999.

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 598428134, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 19/05/1999.

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível. Nº 70031820350, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 08/10/2009.

¹³² BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 599152105, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 12/05/1999.

para aquisição do imóvel, a improcedência da ação se impõe. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA).¹³³

6.2 OPÇÃO EQUIVALENTE - O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

O contrato de convivência é o documento escrito através do qual os conviventes ou companheiros determinam os aspectos patrimoniais e até mesmo pessoais da união estável na qual vivem, estipulando, por exemplo, o regime de bens entre eles vigente, *“Há parceiros, por exemplo, que fazem a divisão levando em conta a proporcionalidade do salário de cada um. Se o parceiro contribui com 20% dos gastos da casa, é essa a porcentagem que lhe caberá na partilha em caso de separação”*¹³⁴. Podem, portanto, estipular o regime de bens que melhor lhes aprouver, como, por exemplo, o de separação total de bens, conforme elucida o julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. RECONVENÇÃO. PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO. CONTRATO PARTICULAR DE CONVIVÊNCIA ESTABELECIDO SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS. VALIDADE. O art. 1725, do CCB, exige apenas que o contrato seja escrito, nenhuma outra formalidade é exigida para sua validade. Sendo o Instrumento Particular manifestação de vontade das partes válido e eficaz e, não tendo havido comprovação de que o casal adquiriu bens outros na constância da união, é de ser confirmada a sentença que declarou não haver bens a partilhar. RECURSO DESPROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA).¹³⁵

Nas palavras de Francisco Cahali, o contrato de convivência é:

*“instrumento pelo qual os sujeitos de uma união estável promovem a auto-regulamentação quanto aos reflexos da relação. (...) Pacto informal, pode tanto constar de escrito particular como de escritura pública, ser levado ou não à inscrição, registro ou averbação. Pode até mesmo conter disposições ou estipulações esparsas, instrumentalizadas em conjunto ou separadamente em negócios jurídicos diversos, desde que contenham a manifestação bilateral da vontade dos companheiros, identificando o elemento volitivo expresso pelas partes”*¹³⁶.

¹³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 70029276110, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2009.

¹³⁴ LINHARES, Juliana. Assim eu assino. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/040309/p_094.shtml>. Acesso em: 10 set. 2009

¹³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS Apelação Cível Nº 70017144338, Sétima Câmara Cível. Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 25/04/2007.

Em não havendo tal contrato, o regime de bens que vigorará entre os companheiros será o regime de comunhão parcial, de acordo com o disposto no art. 1.725¹³⁷ do Código Civil Brasileiro. Vemos que o legislador encontrou uma solução para as conseqüências patrimoniais da união estável, possibilitando às partes que disponham sobre o tema e, caso se omitam, determinando que aquilo que foi adquirido na constância da união estável será igualmente dividido entre os conviventes.

Assim tem decidido a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. O regime de bens, salvo disposição em contrário pelos companheiros, é o da comunhão parcial (art. 1.725, CC). Os bens adquiridos na constância da união devem ser partilhados na ordem de 50% para cada parte, salvo os imóveis adquiridos nos termos do art. 1.659, do CC e aqueles adquiridos anteriormente à união. RECURSO DESPROVIDO¹³⁸.

A lei ainda veio a facilitar a celebração de tal contrato, pois, como vemos, não exigiu nada mais que um mero documento escrito entre os companheiros, não exigiu nenhum formalismo como registro ou averbação em registro civil ou imobiliário, situação que pode vir a prejudicar um dos próprios companheiros, seus filhos ou até terceiros. Contudo, a par de tais conseqüências, vislumbra-se que o legislador concedeu uma via simples e prática para que os companheiros regulem a relação na qual se encontram, sem maiores exigências.

E essa possibilidade de se estipular o regime de bens na união estável exigindo tão somente a manifestação bilateral de vontade dos companheiros é mais um argumento para se determinar a invalidade do contrato de namoro. Não há maiores dificuldades. Caso o relacionamento configure união estável, os companheiros dispõem da possibilidade de estabelecer o que vigorará entre ambos, tanto no aspecto patrimonial quanto individual. De outra parte, caso exista um mero e simples namoro, não há necessidade alguma de se estipular normas em relação a tal relacionamento, pois o mesmo, como já evidenciamos, não cria direitos, tão quanto deveres às partes que o compõe.

Há sempre de se ressaltar que a relação de companheirismo, ou seja, a união

¹³⁶ CAHALI, Francisco. **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 55, 306.

¹³⁷ Código Civil Brasileiro de 2002, **Art. 1.725**. *Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.*

estável, é fato decorrente da convivência humana, logo, não poder ser previamente discutida pelas partes em um contrato tão quanto afastada através do mesmo.

O que é possível, sim, ressalve-se, é a celebração de um contrato que regule aspectos patrimoniais da união estável – como o direito aos alimentos ou à partilha de bens -, não sendo lícita, outrossim, a declaração que, simplesmente, descaracterize a relação concubinária, em detrimento da realidade¹³⁹.

O contrato do qual o autor fala acima, é o contrato de convivência.

Percebe-se, dessa, forma, que não há como afastar uma situação de fato como o é a união estável. Estando configurada, não há o que as partes fazerem, não se retroage e modifica aquela realidade, ela é e pronto. Contudo, o ordenamento jurídico, ao estabelecer as regras da união estável, através do Código Civil vigente, trouxe aos companheiros a possibilidade de firmarem, entre si, tal contrato escrito com o fim de regulamentar a relação, tanto em seu aspecto patrimonial como pessoal.

Há quem critique o contrato de convivência, dizendo que o mesmo ofende uma das partes, em sua grande maioria, aquele que dispõe de menor patrimônio. Em algumas situações, aquele ao qual é proposto o contrato se sente humilhado, prejudicado, entendendo que não é necessário um pacto estipulando a divisão dos bens ou a participação proporcional na renda, gerando assim desconforto na união. Contudo, não entendo dessa forma.

Se o casal desejava celebrar um contrato no qual estipulariam a total falta de direitos e obrigações, não é o contrato de convivência, no qual se estipulam a incidência de deveres recíprocos que haveria desconforto.

No mundo atual não há mais como pensar em ‘felizes para sempre’. A grande maioria das pessoas que ingressa numa relação sabe da possibilidade de esta acabar. Assim não o deseja no início, não espera que acabe, pois toda relação inicial é repleta de amor, compaixão, paixão e afeto, mas temos ciência de que pode haver um fim e, havendo um fim, ele deve seguir regras.

O ordenamento abriu a possibilidade de escolha: as regras que ele impõe, no caso da união estável o regime de comunhão de bens, ou as regras pactuadas pelos

¹³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70032305211. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 22/10/2009.

¹³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de Namoro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8319>>. Acesso em: 22 set. 2009.

conviventes, onde podem dispor da forma que melhor lhe aprouverem.

Há, ainda, quem critique o requisito 'intenção de constituir família' em razão de ser muito difícil a sua constatação, dizendo que este apenas seria constatado quando o casal passasse a residir sob o mesmo teto, pois, caso contrário, difícil seria comprovar essa intenção, embaraçando sobremaneira a diferenciação da união estável e do mero namoro.

Conforme a advogada Priscila Goldenberg:

Apesar de não expresso em lei, fica um tanto difícil admitirmos que o casal tenha a intenção de constituir família se não tem vida em comum sob o mesmo teto. Em suma, a moradia sob o mesmo teto é um pressuposto lógico da constituição de uma família. Caso contrário, um simples namoro prolongado poderá, embora erroneamente, ser considerado como união estável, gerando indevidamente os respectivos efeitos ¹⁴⁰.

Conclui a citada advogada:

a partir de um namoro, pode ou não advir uma união estável, cujo início, a menos que exista um pacto escrito, é de difícil apuração. Assim, como a relação de namoro pode ser confundida com uma união estável, é bastante importante a elaboração de um contrato de convivência em que os companheiros estabeleçam o marco inicial da união estável ¹⁴¹.

Além da dificuldade em diferenciar um namoro de uma união estável, o requisito 'intenção de constituir família' esbarra em outro problema: a não reciprocidade de tal intenção, pois, nas palavras de Helder Martinez:

Nada incomum, portanto, que o viver sob o mesmo teto, dormir na mesma cama, compartilhar a convivência familiar, sejam para uma pessoa sinônimo de compromisso sério, próximo do estado de casado e, para outro, mero namoro, já que seu estilo de viver, sem hipocrisias e desfrutando da máxima liberdade, modela tal relacionamento como fruto de maturidade psicológica e não de comprometimento social. Em coexistindo tal diversidade de interpretação, que se faz plenamente possível e até comum nos dias atuais, os conflitos serão inevitáveis ¹⁴².

Usa-se tal crítica em relação à dificuldade de se constatar o requisito da 'intenção de constituir família', (seja para diferenciar a união estável do namoro ou na confusão advinda de tal intenção não ser recíproca), como argumento para a

¹⁴⁰ GOLDENBERG, Priscila. **Confusão entre namoro e união estável**. Disponível em: <<http://www.priscilagoldenberg.adv.br/artigos.asp?pag=9&gclid=CL6XpKWInZwCFdVL5QodUzNWdQ>>. Acesso em: 24 set. 2009.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² DAL COL, Helder Martinez. **União estável e contratos de namoro no Código Civil de 2002**. Texto extraído do Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7100&p=1>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

celebração do contrato de convivência. Como é difícil apurar a natureza da relação, a intenção de ambos os conviventes, a melhor solução é que as partes celebrem um contrato de convivência para, além de regular questões pessoais e patrimoniais, acabar com a problemática do início da união estável, determinando nele, a partir de que data passaram a viver sob essa união.

Assim também entende o advogado Tiago Romano:

O melhor seria, em havendo interesse na preservação do patrimônio, que os companheiros ou até mesmo os namorados cujo relacionamento esteja evoluindo para a união estável firmem contrato característico, prevendo o regime de bens que deverá ser observado, circunstância que a própria lei autoriza, já que em não o fazendo, prevalecerá o regime da comunhão parcial de bens, inovação trazida pelo novo Código Civil¹⁴³.

Portanto, é o contrato de convivência mais um argumento pela invalidade do contrato de namoro, por ser pacto previsto pela lei e a ele dado validade e eficácia, pois é realizado no momento em que se faz necessário qual seja quando já existe união estável, determinando a data em que esta se inicia.

¹⁴³ ROMANO, Tiago. **Contrato de namoro**. Disponível em:

CONCLUSÃO

Conclui-se, com base em todo o conteúdo exposto ao longo da dissertação feita, que o contrato de namoro é modalidade de contrato inválida perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Ao tratarmos do conceito de Direito de Família, vimos que o mesmo tem como objetivo tutelar as relações, os direitos e as obrigações existentes entre os membros de uma entidade familiar, entendendo-se como tal aquelas reconhecidas pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 226. Tal tutela, contudo, não é realizada tão somente por um conjunto de normas positivadas, mas também pelos princípios constitucionais atinentes ao Direito de Família, os quais devem ser observados por todos, seja o Estado ou o particular, quando da intenção de atuar em qualquer âmbito que atinja os direitos decorrentes de tais princípios.

Assim, quaisquer indivíduos, ao desejarem pactuar, contratar, devem estar cientes de que suas vontades sofrem restrição por tais institutos, com o fim de tutelar bem maior, qual seja, o direito das famílias.

O mesmo ocorre quando da celebração de um contrato. Em que pese a autonomia da vontade das partes, atualmente, com a evolução do direito contratual, ela deve ser utilizada de forma mais amena, visando garantir direitos maiores, mais amplos, de maior validade e importância, como o são os direitos das famílias.

Por sua vez, o contrato de namoro estudado através deste trabalho, também deveria observar tais restrições consuetudinárias e positivas, ao conjugar a vontade dos namorados. Todavia, não é o que ocorre.

O contrato de namoro, visando afastar a união estável, viola os direitos decorrentes desta, derivados de normas cogentes, as quais são inafastáveis pela vontade das partes.

Além de ir contra normas de ordem pública, tal contrato carece de objeto em dois momentos distintos. Primeiramente, quando ainda inexistente a futura união que se visa afastar e, secundariamente, quando já existente a união, pois trabalha com objeto impossível, visto que a união estável é constituída por normas cogentes, inafastáveis através de uma celebração particular.

Ainda, sendo relação de fato, a união estável não pode ser afastada ou dita inexistente, pois é fato e, quando constituído, não há como torná-lo inexistente.

Ademais, tal contrato pode ser usado com instrumento de fraude contra terceiros, quando um dos namorados, que se apresenta como se casado fosse quando da celebração de uma obrigação, posteriormente, passa todo seu patrimônio para o nome da namorada e alega não possuir relacionamento algum com ela, para não cumprir com suas obrigações, se vendo o terceiro lesado em seu direito.

Há, ainda, o argumento pela desnecessidade de tal contrato, visto o legislador já ter previsto o contrato de convivência, através do qual as partes podem dispor sobre os aspectos da união estável, tanto patrimoniais como pessoais, tornando-se desnecessário o citado contrato de namoro.

Portanto, diante da análise dos institutos de Direito de Família e de Direito Contratual, dos princípios, leis, jurisprudências e da doutrina concernente ao tema, entende-se pela desnecessidade do contrato de namoro e pela sua invalidade perante o ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**: de acordo com o novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 2 nov. 2009.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8971.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 15 jun. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 598349306, Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 17/03/1999.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 598428134, Sétima Câmara Cível. Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 19/05/1999.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível. Nº 70031820350, Oitava Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 08/10/2009.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 599152105, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 12/05/1999.

_____. Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 70029276110, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2009.

CARTA das Nações Unidas, art. XVI, e nº. 3.

CÓDIGO Civil Brasileiro, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

CAHALI, Francisco. **Contrato de Convivência na União Estável**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 10.

DAL COL, Helder Martinez. União estável e Contratos de Namoro no Código Civil de 2002. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 23, abr./maio, 2004.

_____. **União estável e contratos de namoro no Código Civil de 2002**. Texto extraído do Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7100&p=1>>. Acesso em: 12 fev. 2009

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3. ed. Porto Alegre: RT, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAMILIA. MICHAELIS DICIONÁRIO conciso língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

FREITAS, Douglas Philips. **Contrato de namoro**. Gazeta do Povo. Disponível em: <<http://www.sintrascoop.com.br/?p=3900>>. Acesso em: 22 ago. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de Namoro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8319>>. Acesso em: 22 set. 2009.

GAMA, Rafael Nogueira da. **Contrato de Namoro X Declaração de União Estável**. Redação O Estado do Paraná. Disponível em: <

online.com.br/canal/direito-e-justica/news/248775/?noticia=CONTRATO+DE+NAMORO+X+DECLARACAO+DE+UNIAO+ESTAVEL>. Acesso em: 26 set. 2009.

GIMENEZ, Letícia. **Contrato de namoro pode evitar partilha de bens e pensão alimentícia**. Disponível em: <<https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhejornal&ID=13949>>. Fonte: Última Instância. Acesso em: 02 out. 2009.

GIUDICE, Lara Lima. **Contratos de namoro**. Disponível em: <<http://www.soartigos.com/articles/840/1/Contrato-de-Namoro/Page1.html>>. Acesso em: 02 out. 2009.

GOLDENBERG, Priscila. **Confusão entre namoro e união estável**. Disponível em: <<http://www.priscilagoldenberg.adv.br/artigos.asp?pag=9&gclid=CL6XpKWInZwCFdVL5QodUzNWdQ>>. Acesso em: 24 set. 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado. Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

LENZI, Carlos Alberto Silveira. Regulamentado o concubinato. **Boletim Informativo Bonijuris**, Curitiba, n. 272, ano 8, 1996.

LINHARES, Juliana. **Assim eu assino**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/040309/p_094.shtml>. Acesso em: 10 set. 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAMORO ou união estável? Disponível em: <www.marialuizapovoa.com.br>. Acesso em: 22 ago. 2009.

O QUE penso do namoro. Disponível em: <http://www.gostodeler.com.br/materia/9306/o_que_penso_do_namoro.html>. Acesso em: 14 ago. 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

_____. **Direito Civil. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROMANO, Tiago. **Contrato de namoro**. Disponível em: <<http://www.tribunaimpressa.com.br/Conteudo/Contrato-de-namoro,26423,26431>>. Acesso em: 28 set. 2009.

SIMÃO, José Fernando. **A quebra das relações afetivas e os danos morais decorrentes: o ficar, o namoro e o casamento**. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_quebra_da_relacoes.htm>. Acesso em: 11 ago. 2009.

TESSARI, Olga Inês. **Namoro Atual**. Entrevista concedida para o Jornal Rudge Ramos. maio, 2005. Disponível em: <<http://ajudaemocional.tripod.com/rep/id129.html>>. Acesso em: 11 ago. 2009.

VELOZO, Zeno. **Contrato de namoro**. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/artigocontratodenamorozeno.htm>>. Publicado no "O Liberal" edição de 28.03.2009. Acesso em: 04 set. 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Direito de Família**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009, v.6.

_____. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007, v.2.

VILELLA, João Baptista. As novas relações de família. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, 15., Foz do Iguaçu. **Anais ...** Foz do Iguaçu, set. 1994.