



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LEONARDO MAIA RIBEIRO MEDRADO

A (IN)VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

Salvador
2013

LEONARDO MAIA RIBEIRO MEDRADO

A (IN)VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Luciano Lima Figueiredo

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

LEONARDO MAIA RIBEIRO MEDRADO

A (IN)VALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados Pais, Carlos e Silvana, que sempre estão ao meu lado nos momentos bons e ruins, me transmitindo paz, apoio e amor incondicional.

À pessoa mais importante da minha vida, meu irmão Tércio, por ser a minha alegria, meu amigo, meu companheiro, meu filho, meu amor.

À minha namorada linda, Fernanda Sá, pelo carinho, amor, amizade e cumplicidade. Por ter me ajudado na pesquisa monográfica, e principalmente, pelo verdadeiro e puro amor que sinto.

À minha amiga especial, Alice Dantas, por sempre estar ao meu lado em situações acadêmicas e pessoais, se transformando numa verdadeira e eterna amizade.

Ao meu orientador, Luciano Figueiredo, pela atenção e essencial ajuda nesta pesquisa.

Ao meu amigo-irmão, Gabriel Botelho, pela amizade a mais de 17(dezessete) anos, pelas alegrias, risadas e companheirismo da rotina diária.

Ao meu grande amigo, Neto Souto, por sempre acreditar em mim e por se mostrar um amigo sempre humilde e fiel.

Aos meus avós maternos, Nilda e Ribeiro, por serem sempre tão presentes na minha vida, e por serem um verdadeiro exemplo de amor.

À minha dinda, Patrícia Medrado, por ser um exemplo de pessoa vitoriosa a ser seguido.

Aos meus primos, em especial a Igor, Thaianne, Marjorie, Victor, Álvaro, Daniel, Tatiana, Felipe e Marco, pela amizade e carinho.

À Família Medrado e Família Ribeiro pelo incentivo e compreensão.

À Família Pimentel, por ter me acolhido tão bem.

Ao meu amigo maluco, Filipe Pinho, com o qual vivi inúmeras aventuras e histórias.

Aos meus amigos do coração, Lucas Bittencourt, Breno Carvalho, Henrique Coimbra, Rafael Costa, Tito Passos e Rafaela Mascarenhas.

Aos pesados, Vinícius Ícaro, Pedro Souza, Rodrigo Oliveira, Paulo Henrique, Guilherme Carvalho e Vinícius Oliveira, pela amizade.

À minha amiga, Aninha Gomes, por ser uma pessoa sempre alegre e engraçada.

Aos meus colegas da Defensoria Pública da União, em especial, a Ezequiel, Ana Luiza, Thiago Teles, Luiza Cunha, Rebeca, Kleber, Jorge Henrique e Eliana por estarem sempre ao meu lado ajudando e contribuindo para o meu aprendizado.

"Determinação, coragem e autoconfiança são fatores decisivos para o sucesso. Não importa quais sejam os obstáculos e as dificuldades. Se estamos possuídos de uma inabalável determinação, conseguiremos superá-los. Independentemente das circunstâncias, devemos ser sempre humildes, recatados e despidos de orgulho".

Dalai Lama

RESUMO

O estudo em questão pretende analisar a existência, a validade e a eficácia dos contratos de namoro. Esses contratos surgiram com a finalidade de não reconhecer a união estável, afastando o intuito de constituir família e todos os reflexos patrimoniais advindo da união convivencial. Os contratos de namoro possuem íntima relação com o instituto da união estável e com a teoria dos contratos. A união estável é desenvolvida nesta pesquisa desde a evolução histórica do concubinato à união estável tutelada pelo ordenamento jurídico pela Constituição Federal de 1988. A pesquisa aborda também, os requisitos para configuração, os efeitos, a conversão em casamento, o regime sucessório, a natureza jurídica e a diferença entre namoro e união estável. Já em relação à teoria dos contratos, é muito importante a compreensão do fenômeno da constitucionalização do direito privado, no qual adentram normas de ordem pública na seara civil. Analisa-se ainda a possibilidade da contratualização das relações familiares, os planos da existência, validade e eficácia, assim como, os principais princípios contratuais delimitados ao tema de pesquisa, quais sejam, o princípio da obrigatoriedade dos contratos, princípio da autonomia da vontade, princípio da supremacia do interesse público, princípio da relatividade, princípio da função social dos contratos e princípio da boa-fé. O contrato de namoro é analisado diante dos planos da existência, validade e eficácia, sendo de extrema importância a compreensão da natureza jurídica da união estável, da constitucionalização do direito civil, e dos princípios contratuais e diante a realidade vivida, através de análise jurisprudencial e doutrinária acerca do tema.

Palavras-chave: Contrato de namoro. União estável. Constitucionalização do direito privado. Realidade. Normas de ordem pública.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A UNIÃO ESTÁVEL E O NAMORO	11
2.1 HISTÓRICO: DO CONCUBINATO A UNIÃO ESTÁVEL	11
2.2 A UNIÃO ESTÁVEL	20
2.2.1 Requisitos gerais para constituição da união estável	20
2.2.2 Requisitos específicos para constituição da união estável	22
2.2.3 Efeitos	23
2.2.3.1 Efeitos Pessoais	24
2.2.3.2 Efeitos Patrimoniais	25
2.2.4 Da conversão da união estável para o casamento	28
2.2.5 Regime sucessório da união estável	29
2.2.6 Natureza jurídica da união estável	37
2.2.7 União estável x Namoro	40
3 A CONTRATUALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES FAMILIARES	43
3.1 PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO X PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO	45
3.2 PLANOS	47
3.3 PRINCÍPIOS	53
3.3.1 Obrigatoriedade	55
3.3.2 Autonomia da Vontade	56
3.3.3 Supremacia da Ordem Pública	59
3.3.4 Relatividade	61
3.3.5 Função Social	62
3.3.6 Boa-Fé	65
4 CONTRATO DE NAMORO	69
4.1 O AMOR LÍQUIDO	69
4.2 CONCEITO E FINALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO	72
4.3 CONTRATO DE NAMORO X CONTRATO DE CONVIVÊNCIA	74
4.4 CONTRATO DE NAMORO X UNIÃO ESTÁVEL	75
4.5 EXISTÊNCIA	75
4.6 VALIDADE	76

4.7 EFICÁCIA	80
4.8 CONTRATO DE NAMORO X AUTONOMIA PRIVADA	84
4.9 SOCIEDADE DE FATO X NAMORO	87
5 CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	97
ANEXOS	105

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Família é o ramo do direito que mais possui inovações, pois está intrinsecamente ligado aos fatos sociais que refletem o cotidiano das pessoas.

Neste estudo, analisa-se a possibilidade do contrato de namoro diante do advento da Constituição de 1988, do instituto da união estável, dos contratos afetivos firmados entre particulares e da atual realidade social. Surge então o tema problema: o contrato de namoro é existente? É válido? É eficaz? É possível que esse tipo de contrato não reconheça a união estável?

A união estável sofreu diversas modificações com os anos, apenas vindo a ganhar guarida constitucional com a "Constituição Cidadã" em 1988, na qual recebeu *status* de entidade familiar, gerando todos direitos e deveres inerentes a esse relacionamento afetivo.

As pessoas com o objetivo de resguardarem seu patrimônio, temendo a caracterização da união estável, começaram a realizar contratos para descaracterizar o reconhecimento da união estável.

Na maioria das vezes, o tema contrato de namoro é visto com certa ironia por parte das pessoas por desconhecimento da sua importância jurídica e social. O tema possui um aprofundamento extenso, envolvendo todo o instituto da união estável e o seu histórico, o conceito de contratos, os seus planos e princípios relativos à pesquisa e a possibilidade ou não dos contratos de namoro diante dos planos da existência, validade e eficácia.

Sua importância teórica é inegável, visto que a união estável é protegida pelo ordenamento jurídico através da Constituição Federal e pelo Código Civil. O questionamento da possibilidade da realização dos contratos de namoro poderá demandar efeitos patrimoniais e pessoais, a depender do entendimento de cada autor.

Quanto à importância social, a cada dia vemos mais contratos de namoro sendo realizados com o objetivo de afastar as consequências patrimoniais, bem como todos direitos e deveres inerentes à união estável. Essas são as principais razões para a realização de um contrato de namoro, visto que é tênue a linha que separa

um namoro de uma união estável. Na atualidade são observados inúmeros relacionamentos afetivos públicos, contínuos e duradouros com intuito de constituir família. Deve-se atentar sempre a realidade em detrimento do mero formalismo.

Para enfrentar tal tema, a monografia é dividida em três capítulos. No primeiro capítulo é analisado o histórico da união estável, discorrendo desde a visão preconceituosa até os dias atuais, acerca da união estável considerada família, decorrendo direitos e deveres jurídicos. Também estão presentes os requisitos necessários para a caracterização da união estável, assim como seus efeitos, sejam patrimoniais ou pessoais, o regime sucessório e a conversão em casamento. De vital importância também para o estudo monográfico, será abordada a natureza jurídica da união estável. Ao final do capítulo, diferencia-se o namoro da união estável, tendo em vista a linha tênue entre os dois tipos de relacionamentos.

No segundo capítulo, o enfoque será a contratualização das relações familiares, conceituando o que é contrato, passando pelos três planos jurídicos, quais sejam, existência, validade e eficácia, adotando um corte epistemológico diante do enquadramento do tema monográfico. Neste capítulo serão abordados os principais princípios contratuais para a compreensão do contrato de namoro, havendo uma análise dos princípios clássicos até os princípios modernos, ditos sociais.

No último capítulo, o contrato de namoro será estudado com todo detalhamento necessário e entendimento doutrinário e jurisprudencial do tema diante da realidade social, abordando o conceito do amor líquido. No mesmo capítulo, diferencia-se o contrato de namoro do contrato de convivência e analisa-se a existência, validade e eficácia do contrato de namoro. Por fim, distingue-se o namoro da sociedade de fato e dos demais relacionamentos afetivos, buscando uma análise do princípio da autonomia privada aplicado ao Direito das Famílias.

O tema em questão é muito pulsante na atualidade, possuindo diversos posicionamentos favoráveis e contrários a esse tipo de contrato de relações recíprocas, dentro da realidade social e da jurisprudência.

2 A UNIÃO ESTÁVEL E O NAMORO

A união estável é um dos temas de maior discussão doutrinária e jurisprudencial dos últimos tempos devido a grande repercussão jurídica e social, seja pelo tratamento dado pela Constituição Federal, pelo Código Civil e por diversas leis, seja socialmente, diante das inúmeras situações fáticas caracterizadoras.

Segundo Alonso (1991 *apud* MADALENO, 2008, p. 767-77):

Em relação aos motivos econômicos, se casados fossem poderiam perder o direito ao crédito alimentar e a pensão previdenciária. Socialmente, as pessoas de classes mais pobres não desejam realizar toda formalidade do matrimônio e por vergonha do seu esposo (a) diante da reprovação social. Em relação aos motivos legais, diante da numerosa formalidade, tem-se incentivado as uniões informais sem o vínculo matrimonial. Ideologicamente e religiosamente devido ao sentimento de liberdade e da diversidade de procedimentos religiosos.

O número de situações que levam a caracterização da união estável aumentou consideravelmente devido às mudanças da sociedade em relação ao pensamento moderno, diante de motivos econômicos, sociais, legais e ideológicos.

2.1 HISTÓRICO: DO CONCUBINATO A UNIÃO ESTÁVEL

O concubinato era visto com maus olhos, com pudor e preconceito. Ainda hoje, existem resquícios dessa discriminação em relação ao concubinato.

Existe a diferença entre o concubinato puro e o concubinato impuro. O concubinato puro diz respeito à união estável, no qual pessoas desimpedidas de se casar se unem com o intuito de constituir família, caracterizado pela convivência pública, contínua e duradoura. Enquanto que o concubinato impuro diz respeito à convivência pública, contínua e duradoura entre pessoas que são impedidas de se casar.

Havia uma confusão entre os conceitos de união estável e de concubinato impuro, sendo que tudo que fosse fora do casamento era considerado concubinato. Tudo que se referir a concubinato puro será chamado de união estável e em relação a concubinato impuro, será chamado de concubinato.

O concubinato puro existe desde os tempos mais remotos. Era o instituto no qual pessoas que conviviam juntas, apareciam para a sociedade como marido e mulher - porém, por algum motivo, não se casavam - ou, também, aqueles relacionamentos entre desquitados ou separados de fato ou judicialmente.

A união estável não teve uma aceitação pacífica. Decorreu de um longo e árduo processo evolutivo na sociedade que era pautada no catolicismo e no matrimonialismo. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011a, p. 407):

Se é certo o prestígio que a família formada pelo casamento angariou historicamente na sociedade ocidental, notadamente por decorrência de dogmas religiosos e imposições estatais de controle, da mesma forma não há como se negar que as uniões livre, consideradas aquelas independentes do matrimônio, passaram por verdadeira saga para ter reconhecido o seu status de modalidade admitida de composição família.

Apesar da influência dos dogmas da Igreja Católica, sempre existiram na sociedade os relacionamentos afetivos, nos quais, as pessoas não queriam se casar e mantinham uma união de forma livre e de boa-fé.

No Direito Romano, o concubinato era visto como uma forma de casamento, mas um casamento inferior hierarquicamente. Diante dos dogmas do catolicismo, era repugnada qualquer união que não fosse matrimonializada. Hoje não existe mais hierarquia entre as entidades familiares.

Segundo Dias (2009, p. 163):

Em um primeiro momento, nas situações em que a mulher não exercia atividade remunerada e não tinha outra fonte de renda, os tribunais concediam alimentos de forma “camuflada”, sob o nome de indenização por serviços domésticos, talvez em compensação dos serviços de cama por ela prestados. O fulcro das decisões era a inadmissibilidade do enriquecimento ilícito: o homem que se aproveita do trabalho e da dedicação da mulher não pode abandoná-la sem indenização, nem seus herdeiros podem receber herança sem desconto do que corresponderia ao ressarcimento.

Para a proteção da parte economicamente mais fraca, na maioria das vezes, a mulher, pois a mesma era a dona de casa, cuidava dos filhos e dos afazeres domésticos, surge a idéia de indenização pelos serviços domésticos prestados para impedir o enriquecimento sem causa do esposo. É inadmissível tal posicionamento, sendo que hoje não mais vige, visto que é uma entidade familiar decorrendo todos direitos e deveres jurídicos.

Segundo Leite, Ferraz, Leite e Leite (2013, p. 84-90):

A primeira legislação brasileira em relação à educação feminina surgiu em 1827 e admitiu as meninas em escolas elementares [...] Quando, em 1930, Getúlio Vargas tomou o poder e editou-se um Código Eleitoral provisório, que concedia o direito de voto às mulheres, ainda que limitado as solteiras ou viúvas com renda própria ou as casadas com a devida permissão do marido. O direito de voto feminino finalmente se consolidou com a Constituição de 1934. A mulher casada era considerada relativamente incapaz, e até a edição do Estatuto da Mulher Casada, Lei nº 4.121/1962, só podia exercer profissão ou aceitar mandato com autorização do marido).

Diversas conquistas foram alcançadas pelas mulheres, como o direito à educação, direito à voto e o Estatuto da Mulher Casada.

A partir do século XIX, tivemos o advento da independência feminina, sendo assim as mulheres tornaram-se mais presentes na sociedade, mais independentes, começaram a estudar, a trabalhar e ganhar seu próprio dinheiro, não dependendo mais dos seus maridos.

Com o advento da pílula anticoncepcional, ocorreu uma maior liberdade para a mulher, já que a revolução sexual feminina, proporcionou meios para prevenir a gestação e, assim, ter a liberdade do planejamento familiar.

Em 1964, com a Súmula 380, Supremo Tribunal Federal, o concubinato puro passou a ser reconhecido como sociedade de fato, que seria a partilha do patrimônio advindo do esforço em comum, sendo que as ações entre concubinos seriam processadas na Vara Cível e não na Vara de Família. Essa súmula atualmente é aplicada para o concubinato impuro, aplicando as regras de sociedade de fato, por não ser considerada uma entidade familiar.

Outro fator importante no advento da independência da mulher, foi o grande número de desquites. Até 1977, havia a presença do desquite regido pelo Código Civil de 1916, porém com o advento da Lei do Divórcio nº 6.515/77, os desquites foram extintos e substituídos pela separação judicial.

Segundo Stella (2013, p. 1):

A ação de desquite seguia o rito ordinário ou especial, e, só caberia o DESQUITE LITIGIOSO nos casos de adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave ou pelo abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos. Já o DESQUITE AMIGÁVEL ou POR MÚTUO CONSENTIMENTO, só poderia ser requerido se os cônjuges já estivessem casados por mais de dois anos, se manifestado perante o juiz e devidamente homologado. A sentença autorizava a separação dos cônjuges, e punha termo ao regime matrimonial dos bens, como se o

casamento fosse dissolvido, mas mantinha o vínculo matrimonial para o resto da vida, uma pessoa desquitada não podia constituir um novo casamento.

O desquite não é a mesma coisa que a separação, visto que, no desquite, as pessoas desquitadas não podiam se casar de novo, então qualquer relação que elas tivessem seria considerada concubinato impuro, ou seja, amante. Na separação poderiam casar novamente depois de dois anos após a separação de fato ou depois de separados judicialmente.

Segundo o Dicionário Aurélio (2010, p. 247): "o desquite é a dissolução de sociedade conjugal, pela qual se separam os cônjuges e seus bens, sem quebra do vínculo matrimonial".

Também era considerado concubinato impuro a relação do homem casado que possuía concomitantemente relacionamento amoroso com outra mulher, esta última passava ser a concubina impura.

Então os dois tipos de relações afetivas se igualavam e eram tratados da mesma forma, pois os desquitados que não podiam casar e os homens que tinham uma amante (concubina impura) eram também considerados concubinos impuros. Mesmo as pessoas solteiras que não resolvem se casavam, seja por questões econômicas, geografias, religiosas ou ideológicas, eram consideradas concubinas impuras.

A Lei do Divórcio nº 6.515/77 regulamentou que o desquite pudesse ser convertido em divórcio e, conseqüentemente, os que antes não poderiam se casar porque eram desquitados passaram a ter esse direito.

As relações paralelas eram muito frequentes, ou seja, aquelas em que o homem mantinha duas ou mais famílias, mas apenas a matrimonializada era considerada legítima.

A união estável antes era indenizada através de serviços domésticos prestados, posteriormente como relação obrigacional - sociedade de fato- e com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável passou a ser vista como entidade familiar, ou seja, o concubinato puro passou por várias fases.

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2011a): a união estável passa pela fase da falta de tutela, depois da tutela previdenciária, após, temos a tutela obrigacional e só depois teve a proteção constitucional com a CF/88.

Acerca da indenização por serviços domésticos prestados, temos a jurisprudência abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS. RECONHECIMENTO INCONTROVERSO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCABIMENTO DO PLEITO INDENIZATÓRIO. PRECEDENTES. I. O exame acerca da natureza da relação estabelecida entre os litigantes demanda incursão em matéria fática da lide, vedada nos termos da Súmula 7 do STJ. II. Nos termos da jurisprudência da 4ª Turma do STJ, a companheira faz jus à indenização pelos serviços prestados pelo período de vida em comum (REsp 331511/SE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 17/05/2004 p. 228). III. Recurso especial provido para determinar que o tribunal de origem examine o pleito de indenização por serviços prestados pela companheira. Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator. (REsp 982664 RJ 2007/0204896-2, Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgamento: 12/04/2011. QUARTA TURMA. Publicação: DJe 15/04/2011).

Diante da união estável era concedida indenização por serviços domésticos prestados. O entendimento evoluiu e passou a entender que teria direito a tutela obrigacional - como sociedade de fato, pelos bens adquiridos pelo esforço comum.

Considerando a união estável como sociedade de fato, temos a seguinte jurisprudência:

RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL SOCIEDADE DE FATO COMPROVADA. PARTILHA DE IMÓVEL AUTORA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE SEU ÔNUS PROBATÓRIO EXEGESE DO ART. 333, INCISO I, DO CPC IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A PARTILHA DO BEM SEM A DEVIDA DEMONSTRAÇÃO DO MOMENTO DE AQUISIÇÃO DO MESMO E DO ESFORÇO COMUM DAS PARTES. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (APL 75398120068260624 SP 0007539-81.2006.8.26.0624, Relator: Neves Amorim. Julgamento: 29/11/2012, Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 01/12/2012)

De acordo com a jurisprudência acima, serão partilhados na união estável, os bens adquiridos diante do esforço em comum. Porém, não vige mais esse entendimento, mas sim, o que reconhece a união estável como entidade familiar.

A jurisprudência que reconhece a união estável como entidade familiar, está abaixo:

RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. REQUISITOS LEGAIS EVIDENCIADOS. É RECONHECIDA COMO ENTIDADE FAMILIAR A CONVIVÊNCIA DURADOURA, PÚBLICA E CONTÍNUA, DE UM HOMEM E UMA MULHER, ESTABELECIDADA COM OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. COMPROVADO O RELACIONAMENTO COM AS QUALIFICATIVAS ENUMERADAS, HÁ QUE SE RE CONHECER A UNIÃO ESTÁVEL.(APL 118529420108070003 DF 011852-94.2010.807.0003, Relator(a): CARMELITA BRASIL Julgamento: 14/03/2012. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Publicação: 19/03/2012)

Reconhece, então, a união estável como entidade familiar, sendo tutelada pelo ordenamento jurídico pátrio.

O concubinato foi um instituto, na maioria das vezes, visto com preconceito. Segundo Farias e Rosenvald (2009, p. 454):

Com o advento do libertário e solidário Texto Constitucional, a expressão concubinato passou a designar, tão somente, a figura impura, pois o antigo concubinato puro passou a ser chamado de união estável. Justificou-se a providência, inclusive, em razão do caráter discriminatório presente na expressão concubinato que, quase sempre, é utilizada como sinônimo de amante, amásia.

Somente com a Constituição de 1988, a união estável teve reconhecimento de entidade familiar, sendo agora todas ações entre companheiros processadas na Vara de Família, ganhando proteção especial do Estado, conforme artigo 226, *caput*, da CF/88.

Com a Lei nº 8.971/94, surgiram os direitos a alimentos e a sucessão aos companheiros, estabelecendo prazo de cinco anos para configurar a união estável, caso não houvesse filhos, bem como não permitiu que os separados de fato constituíssem união estável.

Editada a Lei nº 9.278/96, que reconheceu a existência da união estável dos separados de fato e extinguiu o prazo de cinco anos e a necessidade de prole. Essa lei também regulamentou o art. 226, §3º da Constituição Federal Brasileira, o regime de bens e os efeitos pessoais da união estável. Essa lei trata, também, do contrato de convivência, que é a escolha do regime jurídico da união estável.

Segundo Diniz (2012, p. 430-434):

Algumas normas jurídicas que reprovam o *concubinato impuro*. 1) A do artigo 550, do Código Civil, pois poderá ser anulado a doação do cônjuge adúltero ao cúmplice pelo outro cônjuge ou pelos herdeiros necessários até

2 (dois) anos após a dissolução da sociedade conjugal; 2) Artigo 1.642,CC, independente do regime de bens, marido ou mulher podem reivindicar bens comuns, transferidos ou doados ao concubino, desde que provado que os bens não foram de adquiridos pelo esforço comum; 3) O Artigo 1.801,III, CC, o concubino do testador do casado, não pode ser herdeiro, nem legatário. Dentre outros artigos, como: artigos 1.521,VI,CC; 1.694,CC.

Logo, percebe-se diversos artigos em desfavor do concubinato, devido a grande influência do catolicismo, da monogamia e da moral e bons costumes.

Segundo Figueiredo (2009b, p. 329-352):

Temos três desdobramentos em relação ao concubinato: A teoria do terceiro ofensor, a união estável putativa e o concubinato consentido. A primeira diz respeito que o concubinato é uma relação ofensora a uma entidade familiar tutelada pelo ordenamento jurídico, seja um casamento ou união estável, pois não há como legitimar como família, tendo em vista o princípio da monogamia. A segunda diz respeito quando um dos companheiros está de boa-fé e não sabe que o outro é casado ou que possui uma outra união estável, sendo o terceiro de boa-fé protegido no nosso ordenamento jurídico. A terceira, diz respeito quando o cônjuge aceita que o outro se relacione extraconjugalmente.

A união estável putativa é aceitável, tendo em vista que um dos companheiros estava de boa-fé, decorrendo todos direitos e deveres inerentes à união estável. E o concubinato consentido também é aceitável, desde que seja por expresse para não surgir controvérsias, gerando também direitos e deveres inerentes à união estável.

Nesse sentido, temos a seguinte jurisprudência:

UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A APELAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 397 do CPC. 2. Tendo o relacionamento perdurado até o falecimento do varão e se assemelhado a um casamento de fato, com coabitação, clara comunhão de vida e de interesses, resta indubitosa a affectio maritalis. 3. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o de cujus, é cabível o reconhecimento de união estável putativa, quando fica demonstrado que a autora não sabia do relacionamento paralelo do varão com a mãe da ré. Recurso provido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70025094707, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/10/2008)

O STJ não concorda com a ideia da união estável putativa, pois não permite, na maioria de suas decisões, a existência de famílias paralelas.

Porém Bueno (2012, p. 7) acredita na união estável putativa, pois:

A união estável putativa nada mais é do que uma interpretação analógica ao casamento putativo, que resguarda os efeitos conferidos a união estável quando um dos companheiros, agindo de boa-fé, acreditava manter um relacionamento livre de quaisquer impedimentos. Ou ainda, é aquela união em que pelo menos um dos companheiros esteja de boa-fé, ou seja, desconheça que exista algum impeditivo legal para sua caracterização.

Já o concubinato consentido é quando o companheiro ou cônjuge sabe que possui outro relacionamento afetivo e permite. Porém, o STJ ainda vem muito tímido em reconhecer essa tese por não permitir o paralelismo familiar, devido ao princípio da monogamia, mas já temos jurisprudência no próprio STJ a favor em relação a união estável e casamento concomitantes:

CONCUBINATO. Relação extraconjugal mantida por longos anos. Vida em comum configurada ainda que não exclusivamente. Indenização serviços domésticos. Pacífica é a orientação das Turmas da 2ª Seção do STJ no sentido de indenizar os serviços domésticos prestados pela concubina ao companheiro durante o período da relação, direito que não é esvaziado pela circunstância de ser o concubino casado, se possível, como no caso, identificar a existência de dupla vida em comum, com a esposa e companheira, por período superior a trinta anos Pensão devida durante o período do concubinato até o óbito do concubino . (STJ – REsp 303.604/SP – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 23/6/2003).

A decisão acima concedeu à concubina, indenização por serviços domésticos prestados, não reconhecendo como entidade familiar. A tendência é que cada vez mais tenham decisões a favor das famílias paralelas, tendo em vista o princípio da afetividade, da busca da felicidade e da dignidade da pessoa humana.

Em sentido contrário, temos a jurisprudência não reconhecendo direitos à concubina:

UNIÃO ESTÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. CONCUBINATO ADULTERINO. PESSOA QUE SEMPRE SE MANTEVE NO ESTADO DE CASADA E CONVIVENDO COM O CÔNJUGE E FILHOS. 1. A monogamia constitui princípio que informa o direito matrimonial, não se podendo reconhecer um concubinato adúltero como sendo união estável. 2. A união estável pressupõe a existência de uma relação afetiva pública e notória, com manifesto ânimo de constituir um núcleo familiar. 3. Constituiu concubinato adúltero a relação entretida pelo falecido com a autora, pois ele era casado e sempre manteve vida conjugal com a esposa, sem dela se afastar jamais. Inteligência do art. 1.727 do Código Civil. Recurso provido. (Apelação Cível Nº 70026568352, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/03/2009).

Porém, deve se basear na realidade e nas jurisprudências que ainda não são predominantes e que vêm entendendo que o concubinato é uma entidade familiar, devido o princípio da afetividade.

Segundo jurisprudência:

DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL. CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva- pública, contínua e duradoura- um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente [...] Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O caso polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar civilmente. [...] Ela não é concubina- palavra preconceituosa- mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (TJ/MG, Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003, Relª. Desª. Maria Elza, public. 10/12/2008).

Atualmente, temos a figura do poliamorismo que diz respeito à existência de entidades familiares paralelas, que já começam a ser admitidas no ordenamento jurídico brasileiro. Ao defender o poliamorismo, estaríamos quebrando o princípio da monogamia, portanto, diante de uma ponderação de princípios, deverá prevalecer a afetividade em detrimento do princípio da monogamia.

Segundo jurisprudência a favor de uniões paralelas (uniões estáveis concomitantes):

União dúplice. União estável. Prova. Meação. Triação. Sucessão. Prova do período de união estável e união dúplice. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre autora e o de cujus em período concomitante ao casamento do falecido. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais MEAÇÃO (TRIAÇÃO). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuta em triação, pela duplicidade de vínculos familiares. (TJ/RS, Ac. 8ª Câm. Cív., ApCív. 70027512763- comarca de Erechim, rel. Des. Rui Portanova, j. 14.5.09, DJRS 2.6.09).

Portanto percebe-se a tendência ao reconhecimento das uniões paralelas como entidades familiares.

2.2 A UNIÃO ESTÁVEL

A única entidade familiar conhecida até o Código Civil de 1916 era a família advinda do casamento. Foi a partir da CF/88 que a união estável (concubinato puro) passou a ser reconhecida como família segundo o artigo 226, §3º, CF, e o conceito está estampado no artigo 1723, CC que diz: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Segundo Stolze e Pamplona Filho (2011a, p. 421):

Publicidade(convivência pública), em detrimento do segredo, o que diferencia a união estável de uma relação clandestina; continuidade (convivência contínua), no sentido do animus de permanecer e definitividade; estabilidade(convivência duradoura), o que diferencia a união estável de uma "ficada"; objetivo de constituição de família, que é a essência do instituto no novo sistema constitucionalizado, diferenciando uma união estável de uma relação meramente obrigacional.

No próximo tópico, serão tratados os requisitos gerais (objetivos e subjetivos) e específicos para caracterizar a união estável.

2.2.1 Requisitos gerais para constituição da união estável

Temos os requisitos gerais que se subdividem em subjetivos e os objetivos. O requisito subjetivo é o *animus* entre essas duas pessoas de constituir família, que requer provas da convivência fática. Esse requisito deve ser analisado no caso concreto, pois tem havido muita confusão diante da semelhança entre os relacionamentos afetivos que têm intuito de constituir família e os que não têm.

Já os requisitos objetivos dizem respeito à convivência pública, contínua e duradoura. Convivência pública refere-se a como o casal se apresenta para a sociedade, devendo ser vistos como se casados fossem, partilhando projetos, planos, contas de luz, água, telefone, banco e diversas situações que caracterizem a convivência como família. Convivência não significa coabitar, ou seja, não é necessário que os companheiros coabitem para que a união seja caracterizada como estável.

Era necessário a *more uxória*, porém esse requisito foi derrotado diante da Súmula 382, STF, disciplinando que não há necessidade de morar junto. Como exemplo, quando o companheiro trabalha em outro estado, só se encontrando mensalmente, ou no caso de companheiro que vai fazer curso no exterior por um ano ou ainda no caso de viúvo que já está acostumado com o seu lar, com o lugar de seus pertences e habituado a casa. O fato de morar junto não caracteriza a união estável, não a constitui, pois meros namorados ou amigos podem coabitar, seja para estudos, seja em questão de trabalho, seja também para reduzir gastos, mas a coabitação poderá servir de prova para o juiz valorar no caso concreto.

Outro ponto a ser analisado é o fato de o casal ter filhos, que, por si só, não caracteriza a união estável, mas é uma prova forte a favor da declaração de união estável. Inúmeros casais têm filho e continuam namorando, não constituindo uma união estável.

Outro fator que serve como prova para declarar a união estável é o contrato de convivência.

Muitas vezes nas ações de divórcio têm-se discutido que antes do casamento já havia união estável para também ter a partilha de bens pelo esforço comum, por exemplo: o rapaz tinha adquirido uma casa de praia com sua namorada, antes de se casarem, e eles namoravam há um bom tempo (moravam juntos) e tinham pesquisado a casa de praia juntos. Nesse caso dependerá da apreciação do juiz no caso concreto se já havia união estável ou se era apenas namoro.

Na união estável, a relação deve ser contínua, não ter muitas interrupções: brigar e sair de casa num dia e voltar dois dias depois não descaracteriza a união estável.

A durabilidade é outro requisito da união estável e significa que aquela convivência existe há algum tempo, não existindo um limite temporal. Até 1996, devido a Lei nº 8.971/94 era preciso o prazo de cinco anos, porém a Lei nº 9.278/96 extinguiu o prazo, não demandando, até hoje, prazo mínimo. Atualmente, um período de cinco meses pode configurar união estável desde que preenchidos todos os requisitos da união estável, enquanto um relacionamento no período de doze anos pode não configurar como união estável por se tratar apenas de namoro.

2.2.2 Requisitos específicos para configuração da união estável

Temos também os requisitos específicos: heterossexualidade e a ausência de impedimentos matrimoniais e de convivências.

O requisito da heterossexualidade já foi vencido, pois atualmente a união homoafetiva é vista como entidade familiar, sendo equiparada a união estável. Esse tema será melhor abordado no tópico Regime Sucessório.

Em relação à ausência de impedimentos, que estão no §1º do art. 1723, a união estável não vai se configurar se houverem os mesmos impedimentos do casamento do art. 1521, mas existe uma exceção quanto aos separados de fato e judicialmente. Nesse caso específico, poderá constituir a união estável.

Outro pressuposto específico é a ausência de impedimento convivencial. Há uma série de impedimentos para que duas pessoas se casem, e uma vez violados esses requisitos o casamento será nulo. No caso dos impedimentos convivenciais serem violados, a união estável será inexistente, ou seja, existindo impedimento convivencial não existe união estável.

A existência de uma união estável não é impedimento para o casamento. A ausência de impedimento convivencial numa união estável abrange todos os impedimentos para o casamento.

Em relação aos impedimentos e causas suspensivas, apenas as primeiras impedem a caracterização da união estável. Os impedimentos são proibições e dizem respeito a questões de ordem pública, podendo ser arguidas até a celebração do casamento ou por qualquer pessoa capaz. Aquele que argui o impedimento deverá se identificar, não podendo ficar no anonimato, pois é reservado direito de defesa aos nubentes. Com a arguição do impedimento, suspende-se a celebração e caso quem arguiu não tenha motivos, responderá por danos materiais e morais.

O próprio juiz ou oficial do registro poderá declará-lo de ofício e estão previstas no artigo 1.521 do Código Civil. O impedimento objetiva evitar uniões que afetem a prole, a ética, a família, a ordem pública e a moral.

Os impedimentos podem ser em relação ao parentesco, vínculo ou crime. Em relação ao parentesco temos: o inciso I e IV do artigo 1521 do Código Civil relata de

relação de ascendentes com descendentes. O inciso II diz respeito aos afins em linha reta. O parentesco por afinidade é o do cônjuge com os parentes do outro e mesmo que se divorcie, não pode casar com o afim em linha reta, pois o vínculo é indissolúvel, mas o vínculo é solúvel em relação aos colaterais. Em relação ao inciso III, diz respeito o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante, já o inciso V impede o casamento entre irmãos (o adotado com o filho do adotando). No inciso IV, os irmãos não podem se casar e os colaterais até o terceiro grau também não. Os colaterais de segundo grau são os irmãos, os colaterais de terceiro grau são tios e sobrinhos e os colaterais de quarto grau são primos e tios-avós, portanto os primos podem se casar.

O decreto-lei nº 3.200/41 permite a possibilidade de casamento entre parentes de 3º grau, desde que existam 2 laudos médicos relatando que não haverá prejuízo à prole. Porém o Código Civil Brasileiro de 2002 proibiu o casamento entre colaterais de 3º grau, sendo lei nova que revoga o decreto. Na I Jornada de Direito Civil, o enunciado 98 do Conselho da Justiça Federal posiciona-se a favor da validade do decreto, não havendo ainda um entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Em relação ao vínculo temos o inciso VI, quando as pessoas forem casadas, porém aqui se aplica a união estável quando a pessoa casada for separada de fato ou juridicamente. E, por fim, em relação a crime no inciso VII, o cônjuge com quem matou ou tentou matar o marido ou esposa, diante de uma questão de ordem ética.

2.2.3 Efeitos

Preenchidos os requisitos, a união estável passa a produzir efeitos: pessoais e patrimoniais. Os efeitos pessoais estão elencados no artigo 1724 do Código Civil Brasileiro. Já os efeitos patrimoniais são o regime de bens, direitos sucessórios, direitos previdenciários e alimentos.

2.2.3.1 Efeitos pessoais

Diante de uma união estável surgem direitos e deveres. Os deveres estão elencados no artigo 1.724 do Código Civil que diz: "As relações pessoais entre companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

Segundo Madaleno (2008, p. 793):

Em sede de união estável a lei não prevê nenhuma sanção pela quebra de qualquer um dos deveres impostos aos conviventes, inexistindo a possibilidade de serem invocadas causas culposas para caracterização da impossibilidade da comunhão de vida dos conviventes. Na união estável a dissolução unilateral da convivência se dá por simples vontade de rompimento de qualquer um dos conviventes, dispensado de justificar a insuportabilidade da convivência em razão de alguma conduta desabonatória ou de quebra de qualquer dever imposto por lei aos companheiros.

Percebe, portanto, que não existe nenhuma sanção pelo descumprimento dos deveres pessoais.

Para fazer um comparativo com o casamento, os deveres lá são: fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos.

Segundo Farias e Rosenvald (2012a, p. 534):

Quanto ao dever jurídico de fidelidade recíproca, apesar de não ter sido acolhido expressamente pelo texto codificado, encontra-se, perfeitamente, inserido no conceito de lealdade e respeito recíprocos. Aliás, lealdade e respeito constituem gênero do qual a fidelidade é uma das suas espécies.

O entendimento acertado é que lealdade abarca a fidelidade, devendo tanto no casamento como na união estável serem as partes fiéis.

Segundo Figueiredo (2011, p.231):

A maioria da doutrina vaticina que, malgrado a norma abordar a lealdade no lugar da fidelidade, esta é necessária na união estável, pois decorre daquela. Por conseguinte, no particular não há abissal diferença entre os deveres do casamento, a exceção da necessidade de coabitação.

Discute-se a possibilidade ou não da cláusula de infidelidade. Luciano Lima Figueiredo (2009b) entende que é possível ser leal e infiel, se tiver uma cláusula expressa, pois, caso contrário, presume-se a monogamia.

No Código Civil 2002, apesar de não ter normas expressas, é possível perceber implicitamente várias regras que protegem a monogamia como: a quebra da fidelidade gerar divórcio fundado em culpa; a concubina não pode ser beneficiária de testamento e a concubina não pode ser beneficiária de seguro de vida.

Há um embate entre a autonomia da vontade e a intervenção do Estado, devendo ser analisado o caso concreto.

O requisito da vida em comum também não está na união estável, não necessitando coabitar, porém no casamento também não necessita devido a entendimento sumulado gerando uma certa estranheza. Já o dever de respeito e assistência deve estar presente em todas relações afetivas, pois são deveres morais e éticos, os quais concretizam e tornam as relações pessoais mais próximas e confiáveis. O dever de assistência deve ser moral e material. Moral, em relação a ajuda mutua, apoio, carinho, sempre está presente nos momentos bons e ruins da vida. E material diz respeito ao patrimônio, cumprindo com as necessidades educacionais, de moradia e saúde. E o dever de guarda, sustento e educação dos filhos.

2.2.3.2 Efeitos patrimoniais

Em relação ao regime de bens, o artigo 1.725, CC relata que: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

Para Marzagão (2006, p. 1): "o legislador foi omissivo em relação a separação obrigatória, portanto não podendo se disciplinar a mesma para a união estável".

Porém, esse entendimento não deve prosperar, podendo aplicar todos os regimes de bens regulamentados pelo Código Civil, sendo assim a comunhão total, a comunhão parcial e a participação final nos aquestos, separação obrigatória e separação convencional.

No casamento há o regime da separação obrigatória de bens no caso de causas suspensivas e no caso de maiores de 70 anos. As causas suspensivas não se aplicam à união estável, apenas ao casamento. O artigo 1641 do Código Civil fala da separação obrigatória como no caso dos maiores de 70 anos, se aplicando também à união estável, conforme entendimento do STJ.

Segundo o entendimento do STJ:

RECURSO ESPECIAL – UNIÃO ESTÁVEL – APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL – NECESSIDADE – COMPANHEIRO SUPÉRSTITE – PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL – OBSERVÂNCIA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("no que couber"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II – A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do de cujus, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; IV – Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V – Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI – Recurso parcialmente provido. (STJ – REsp nº 1.090.722 – SP – 3ª turma – Rel. Min. Massami Uyeda – DJ 30.08.2010).

Logo, não resta dúvidas que o regime de separação obrigatória de bens é tanto aplicada ao casamento como a união estável, e em ambos haverá comunhão dos bens adquiridos pelo esforço em comum, para evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes, sendo uma evolução no entendimento do STJ, uma vez que defendia até 2008, a não aplicação do regime de separação obrigatória ao companheiro.

Para Lôbo (2010, p. 177-178):

Os bens particulares de cada companheiro não entraram na comunhão e há necessidade da outorga uxória do companheiro para alienação de bem comum [...] Não se aplica à união estável o regime legal obrigatório de separação de bens, previsto no art. 1.641 do Código Civil, porque diz respeito exclusivamente ao casamento. É cediço no direito brasileiro que norma restritiva de direitos não pode ter interpretação extensiva.

O autor acima pensa que o regime de separação obrigatória não deve ser aplicado à união estável. No entanto, este é um pensamento ultrapassado, tendo em vista que o próprio STJ já entende que esse regime se aplica tanto à união estável, quanto ao casamento.

É permitido celebrar um contrato de convivência disciplinando os efeitos patrimoniais da união estável que se comporta como um pacto antenupcial. Porém não precisa ser por escritura pública, mas é aconselhado que seja para ter efeitos *erga omnes*. Esse contrato tem efeitos *ex nunc*, ou seja, dali para frente, não retroagindo.

O contrato de convivência é o estatuto patrimonial da união estável, devendo ter sua eficácia durante o enlace afetivo e é protegido pelos princípios da liberdade de escolha e da mutabilidade. É um negócio jurídico bilateral, no qual há manifestação de vontade de ambas as partes. O contrato de convivência não constitui a união estável, ou seja, não é pressuposto de validade, nem de existência. A existência de união estável é pressuposto de eficácia para o contrato de convivência, logo um contrato de convivência sem união estável é ineficaz.

O contrato de convivência disciplinará os efeitos patrimoniais, no que couber, porém não é possível renunciar a direito sucessório no contrato de convivência, pois, como exemplo, não pode ter como objeto de contrato a herança de pessoa viva, sendo uma cláusula inválida, devido ao objeto ser ilícito. Não é possível também a renúncia a futuros alimentos, pois o direito de alimentos só nasce quando do fim da relação, sendo uma cláusula será inválida pela impossibilidade do objeto. Finda a relação o contrato é ineficaz.

Segundo Farias e Rosenvald (2012a, p. 575):

A declaração de existência (e eventual dissolução do patrimônio amealhado durante a convivência) pode decorrer do mútuo consenso ou por provocação de apenas um dos interessados. A referida ação pode ser proposta de forma pura e simples- pretendendo, tão somente, o reconhecimento da existência de união estável entre as partes- ou cumulada com a partilha do patrimônio adquirido a título oneroso na constância da relação convivencial, determinada pelo artigo 1.725 do Código Civil. Para homologação do acordo envolvendo o reconhecimento e

a dissolução da união estável é dispensável, inclusive, a designação de audiência, com vistas à comprovação de sua existência, pois a transação tem natureza meramente declaratória, não atribuindo ou transmitindo direitos e não prejudicando terceiros.

O contrato de convivência se diferencia da declaração de união estável, essa diz respeito à escolha do regime de bens, não constituindo a união estável, enquanto esta visa declarar a existência de uma entidade familiar protegida constitucionalmente a desdobrar todos efeitos patrimoniais e pessoais da união estável.

2.2.4 Da conversão da união estável para o casamento

A união estável é pautada na liberdade, na diminuição de formalidade e na facilidade de rompimento. A principal razão para que união estável não seja considerada casamento está na informalidade, não necessitando de registro.

Segundo o artigo 1.726 do Código Civil: "A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil".

Segundo Madaleno (2008, p. 813):

Todavia, a lei autoriza a conversão da união estável em casamento, no que difere da habilitação do casamento quanto aos seus efeitos no tempo, considerando que o matrimônio civil direto tem seus efeitos operados a partir da data de sua celebração, sem nenhuma retroação no tempo, seu efeito é *ex nunc*. Já na conversão da união estável em casamento os efeitos se operam *ex tunc*, são retroativos à data do início da união estável. A conversão difere também da celebração do casamento típico, porque além da legalização da união de fato, ocorre igualmente o reconhecimento legal da constituição de uma família em data precedente ao casamento formal.

A facilitação da conversão em casamento já era prevista na Constituição Federal Brasileira no seu artigo art. 226, §3º. Mas o Código Civil diferenciou dizendo que tinha que ser por registro civil e mediante pedido ao juiz. O artigo não especifica qual é o tipo de pedido, não diz se seria um pedido inicial ou pedido administrativo, necessitando de regulamentação.

Segundo Lôbo (2010, p. 180) "com a conversão de união estável para casamento, a natureza jurídica modificará de ato-fato jurídico para ato jurídico que possui uma simplificação quanto aos requisitos de habilitação e dispensa de celebração".

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) inovou o cenário jurídico ao obrigar os cartórios de todo o Brasil a converterem a união homoafetiva em casamento. A resolução ainda não foi publicada, mas já é alvo de críticas, tendo em vista que o casamento é entre homem e mulher, e para ser modificado, deve haver uma emenda constitucional alterando, porém diante do princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana, afetividade, busca da felicidade e interpretação conforme a constituição tem-se entendido que o Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento, enquadrando aqui também a união homoafetiva.

2.2.5 Regime sucessório da união estável

A sucessão ocorre no último domicílio do falecido, essa é responsável por transmitir a herança aos herdeiros testamentários e legítimos, conforme o artigo 1.784 do CC/02.

O companheiro possui um tratamento bastante piorado também no que diz respeito à sucessão hereditária, pois não é previsto legalmente como herdeiro necessário, ao contrário do cônjuge que há previsão na lei como herdeiro necessário. Porém, deve-se interpretar que o companheiro também é herdeiro necessário, tendo em vista que a união estável ganhou guarida estatal, aplicando-se ao companheiro como analogia.

Conforme o artigo 1.790, CC/2002, só haverá direito sucessório do companheiro em relação aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, não incluindo assim os bens particulares.

No que diz respeito ao direito de concorrência o companheiro não possui a quota mínima de um quarto que é garantida ao cônjuge no artigo 1.832 do CC/02. No direito de concorrência da união estável, o companheiro sobrevivente com filhos comuns terá a mesma quota dos filhos, não existindo assim piso mínimo. Se houverem descendentes por parte do autor da herança, o companheiro terá direito à metade da quota hereditária que cabe a cada um dos descendentes. Se não tiver descendente e havendo outros parentes, o companheiro terá direito a um terço. E por fim não havendo parentes sucessíveis, o companheiro terá direito à totalidade da herança. Porém a dúvida persiste em relação a concorrência híbrida.

Segundo Silva (2011, p. 4) existem quatro propostas para a concorrência híbrida:

1ª Proposta: Admite a possibilidade do inciso I distribuindo - se a herança igualmente entre os descendentes e o companheiro. 2ª Proposta: Possibilidade da aplicação da expressão descendentes como se fossem filhos exclusivos do autor da herança. Hipótese prevista no inciso II do art. 1.790 CC. 3ª Proposta: Composição dos incisos I e II do art. 1.790 CC pela atribuição de uma quota e meia ao companheiro sobrevivente. Neste caso, o cálculo para divisão dos bens seria o montante dos filhos comuns e não comuns do de cujos e acrescentaria um meio ao companheiro sobrevivente em relação aos filhos comuns e meia quota ao companheiro sobrevivente em relação aos filhos exclusivos, dividindo a herança em quotas iguais aos filhos comuns e exclusivos, respeitando assim o princípio da isonomia entre os filhos e art. 1.834 CC . 4ª Proposta: Aplicação dos incisos I e II do art. 1.790 pela subdivisão proporcional da herança I em relação à quantidade de descendentes comuns e não comuns. Neta hipótese aplicaria a divisão dos bens a partilha entre os filhos comuns e exclusivos em duas partes, e conseqüente introduziria sub-heranças ao companheiro sobrevivente em relação aos incisos I e II do art. 1.790 CC, entretanto somaria as quotas do companheiro sobrevivente e sub-heranças concluindo então a parte a este atribuída por direito.

O entendimento mais acertado é a primeira proposta, tendo em vista que diante do princípio da igualdade de filhos, deverá ser aplicado o inciso I, do artigo 1.790,CC, dividindo a herança igualmente entre descendentes e companheiro.

Segundo Venosa (2002 *apud* SILVA, 2011) possuem o mesmo entendimento acima exposto que deve ser aplicado o princípio da igualdade entre filhos, conforme o inciso I do artigo 1.790,CC.

Segundo jurisprudência do STJ em relação à sucessão do companheiro temos:

EMENTA. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1.790, INCISOS III E IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. UNIÃO ESTÁVEL. SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. CONCORRÊNCIA COM PARENTES SUCESSÍVEIS. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada.(STJ.AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5). Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe: 28/02/2013).

É evidente a inconstitucionalidade do regime jurídico do companheiro diante da falta de equivalência de efeitos e violação ao princípio de igualdade. O regime que deverá ser aplicado à união estável é semelhante ao do casamento, visto que a principal diferença entre os dois institutos é o formalismo referente ao casamento, o que não impede de ambos serem entidades familiares tuteladas pelo ordenamento jurídico, devendo ter a mesma proteção. Atualmente, em vários artigos, quando se lê cônjuge

deve-se interpretar como companheiro diante do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Segundo Farias e Rosenvald (2012a, p. 560-561):

Detecta-se, então, que limitando o direito hereditário do companheiro aos bens adquiridos onerosamente durante a constância (chamados de aquestos), além de implicar em injustificável discriminação ao companheirismo- porque os direitos atribuídos aos cônjuges são muito mais significativos- importa em ignorar a realidade da maioria do povo brasileiro. E pior: não fosse só isso, o companheiro se encontra em posição inferior até mesmo em relação aos colaterais, somente tendo direito ao recebimento integral da herança se não existirem, sequer, colaterais até 4º grau do falecido- o que é, convenhamos, quase impossível. Resta como imperativa a tarefa de propagara a inconstitucionalidade do art.1;790 do Código Civil, defendendo a valorização da relação afetiva, conforme a especial proteção do Estado conferida à família, pelo art.226 da Carta Maior.(grifei e alterei)

Percebe-se o tratamento desigual referente ao companheiro, no qual o colateral de 4º grau tem melhor posição do que o convivente.

Porém, existe posicionamento contrário, pois tendo em vista que foi estipulado o artigo 1.790,CC para os companheiros, não se justifica o uso do regime sucessório do casamento, tendo em vista que o casamento é diferente da união estável. Caso tivesse igual tratamento, estaria claramente expresso na Constituição Federal e também não haveria a facilitação da conversão da união estável em casamento, o que revogaria o artigo 1.790, CC.

Segundo Reale (2004, p. 1-2):

Para demonstrar a posição preeminente da sociedade conjugal, bastará observar que, segundo o § 3º do citado art. 226, deve a lei facilitar a *conversão da união estável em casamento*. Ora, não teria sentido essa conversão para um ideal a ser atingido, se o vínculo conjugal não figurasse como o da entidade familiar por excelência. Desse mandamento constitucional resulta, implicitamente, que não há *igualdade absoluta* de direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, dependendo do disposto na lei infraconstitucional que é o Código Civil, o qual disciplina a matéria em três artigos distintos, os de nºs 1.724, 1.725 e 1.790. Pelo primeiro desses mandamentos, “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda e educação dos filhos”. Segundo o art. 1.725, “salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Cabe observar que, como o novo Código Civil não revogou expressamente as Leis nºs 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996, seus dispositivos sobre “união estável” continuam em vigor, salvo quando em conflito com a superveniente Lei Civil. Bem mais extenso é o Código Civil no tocante às relações entre os cônjuges, dedicando a essa matéria nada menos de 14 artigos, do número 1.639 a 1.652. O Código Civil não estende aos companheiros os direitos e deveres conferidos aos cônjuges, muito embora, em certos casos, se possa estabelecer sua aplicação por analogia. Feitas essas observações de

caráter geral, cumpre salientar que as maiores diferenças entre cônjuges e companheiros são as relativas ao Direito das Sucessões.

Percebe-se, portanto, que o autor acima, considera o regime sucessório da união estável diferente do casamento, tendo em vista os artigos expressos, que diferenciam os institutos quanto aos efeitos pessoais, quanto à sucessão e quanto a conversão em casamento.

Além da herança e do regime de bens, a sucessão do companheiro abarca o direito a alimentos e o direito a pensão previdenciária, tendo em vista que a união estável foi equiparada ao casamento e por ser também uma entidade familiar tutelada pelo ordenamento jurídico.

Os alimentos são devidos aos companheiros, conforme artigo 1.694 do Código Civil Brasileiro, diante da capacidade do alimentante e necessidade do alimentado. O direito de prestar alimentos cessará quando o alimentado constituir casamento, união estável e até mesmo o concubinato.

Segundo artigo 1.707, do Código Civil, não pode renunciar o direito a alimentos e caso haja cláusula disciplinando no contrato será considerada inválida. Porém, já existe posicionamento, em contrário, permitindo a renúncia de alimentos entre companheiros, mas não entre pais e filhos.

Há quem entenda que é possível a renúncia de alimentos entre companheiros, segundo jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RENÚNCIA EM DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PLEITO POSTERIOR. OBRIGAÇÃO DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO PRÓPRIA, MEDIANTE O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.(AC 220218 SC 2010.022021-8 Relator(a): Odson Cardoso Filho. Julgamento: 31/05/2011. Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Civil).

Percebe-se, no caso acima, que apesar da renúncia de alimentos entre companheiros, constatada a necessidade posterior do companheiro que renunciou, terá este direito a receber os alimentos, tendo em vista o binômio necessidade do alimentado e capacidade do alimentante.

Porém não é possível a renúncia de alimentos entre pais e filhos, segundo a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. ACORDO DE RENÚNCIA DE ALIMENTOS DE INCAPAZ. DIREITO PERSONALÍSSIMO E IRRENUNCIÁVEL. NEGÓCIO JURÍDICO MANIFESTAMENTE NULO. Na espécie, o acordo entabulado pelas partes visa, em verdade, à renúncia aos alimentos a que tem direito à criança (filho comum), o que é vedado pelo ordenamento legal, consoante arts. 841 e 1.707, ambos do Código Civil, porquanto o direito a alimentos é personalíssimo e irrenunciável. Destarte, o negócio jurídico entabulado entre as partes é manifestamente nulo, consoante art. 166 do Código Civil. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO(AI 70043331966 RS. Relator(a):Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgamento: 18/08/2011. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Publicação: 24/08/2011.

Segundo o Agravo de Instrumento acima, é irrenunciável os alimentos pelos alimentante perante o menor, sendo a renúncia nula.

Além do direito a alimentos, tem também o companheiro direito a pensão previdenciária, conforme jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL CARACTERIZADA. 1. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), a companheira passou a ter o mesmo direito que a ex-esposa, para fins de recebimento da pensão por morte, sendo desnecessária sua designação prévia como beneficiária. Precedentes. 2. Recurso especial não provido.(RECURSO ESPECIAL Nº 1.235.994 - PE (2011/0018422-1). RELATOR: MINISTRO CASTRO MEIRA. Julgamento em: 20/10/2011).

Tem-se dividido a pensão previdenciária entre concubina e ex-esposa, segundo a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL CARACTERIZADA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. DIVISÃO DO BENEFÍCIO ENTRE EX-ESPOSA, COMPANHEIRA E FILHO MENOR. 1. Com base nas provas carreadas aos autos, o Tribunal a quo decidiu estar configurada a união estável entre o de cujus e a companheira, segunda beneficiária. Infirmar tal posicionamento implicaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório, o que é inviável em recurso especial, a teor do enunciado da Súmula nº 7 desta Corte. 2. O Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, assente no sentido de que, com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), a companheira passou a ter o mesmo direito que a ex-esposa, para fins de recebimento da pensão por morte. 3. Considerando a existência de filho menor de idade, que faz jus a 50% da pensão por morte, e por não haver ordem de preferência entre a ex-esposa e a companheira, a outra metade do benefício deverá ser dividida entre elas. Portanto, correto o rateio na proporção definida pela Administração militar. Precedentes. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (STJ - REsp: 1206475 RS 2010/0148426-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 05/04/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2011)".

Portanto, percebe-se o reconhecimento da concubina e da viúva como beneficiária da pensão por morte, o que é um grande avanço para os relacionamentos paralelos, devendo os mesmos serem protegidos.

Segundo o artigo 16, da Lei nº 8.213/91:

São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente. (grifei).

Logo, vê-se que o companheiro(a) é dependente do Regime Geral de Previdência Social.

Outro direito sucessório diz respeito à herança. Com a exceção do testamento que é um negócio jurídico unilateral que trata de herança de pessoa ainda viva, não se pode ter exteriorização de vontade de renúncia à herança futura a direito sucessório ainda inexistente.

Segundo jurisprudência em relação ao assunto da herança de pessoa viva, temos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REMOÇÃO DE INVENTARIANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DECISÃO "ULTRA PETITA". NÃO OCORRÊNCIA. ESCRITURA PÚBLICA DE RENÚNCIA DE HERANÇA DE PESSOA VIVA. NULIDADE, DE OFÍCIO. PRIMEIRAS DECLARAÇÕES. IRREGULARIDADES. CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO EM ANTECIPAÇÃO DE HERANÇA. NÃO CABIMENTO. NEGÓCIO NULO. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR- Ap Cível 0440466-8 - Rel.: Ruy Francisco Thomaz - Julg.: 06/11/2007 - Unânime - Pub.: 23/11/2007 - DJ 7497).

Compreende-se, portanto, que é nula a renúncia de herança de pessoa viva, não podendo este ser convertido em antecipação da herança.

Além da herança, do regime de bens, dos alimentos, da pensão previdenciária e da herança de pessoa viva, temos também o direito real de habitação e o usufruto.

O direito real de habitação diz respeito ao direito do cônjuge continuar morando na residência dita como único imóvel do casal, no caso do falecimento do outro cônjuge. Segundo Gonçalves (2012, p. 189-190):

Mesmo na falta de previsão no Código, sustenta uma corrente doutrinária a subsistência do art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9278/96, que defere ao companheiro sobrevivente o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família. Argumenta-se, em defesa do companheiro, não ter havido revogação expressa da referida lei, bem como inexistir incompatibilidade do benefício nela previsto com qualquer

dispositivo do novo Código Civil. Invoca-se, ainda, a extensão analógica do mesmo direito assegurado ao cônjuge sobrevivente no art. 1.831 do mesmo diploma.

Deve prosperar o entendimento acima, visto que na Lei nº 9.278/96 o artigo que tratava do direito real de habitação não foi revogado expressamente pelo novo Código Civil.

Segundo jurisprudência do direito real de habitação na união estável temos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. RECONHECIMENTO. Apesar de o Código Civil não ter conferido expressamente o direito real de habitação àqueles que viveram em união estável, tal direito subsiste no ordenamento jurídico em razão do parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96. Inexiste incompatibilidade entre essa Lei e o Código Civil em vigor. A equiparação entre união estável e casamento foi levada a efeito pela Constituição Federal. Caso em que se reconhece o direito real de habitação à companheira, considerando a verossimilhança na alegação de que ela conviveu com o de cujus por mais de 20 anos, pelo fato dela atualmente estar morando de favor e por ser o imóvel que serviu de morada ao casal o único dessa espécie a inventariar. AGRAVO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (TJ/RS – 8ª C. Cív., Ag. Inst. nº 70019892595, Rel. Des. Rui Portanova, julg. 29.05.2007).

Não conceder o direito real de habitação ao companheiro é uma afronta a Constituição Federal que protege a entidade familiar convivencial.

Conforme o Enunciado 117, da Jornada de Direito Civil : "o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro. Seja por não ter sido revogado a previsão da Lei nº 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, 'caput', da CF/88".

Para Kumpel (2005, p. 161) "o usufruto é o direito real sobre coisa alheia, também denominado servidão pessoal, que confere a uma pessoa certa e determinada, durante um tempo, o direito de usar e fruir do bem, com a obrigação de restituí-lo após o decurso do prazo". O usufruto vidual não deve ser estendido ao companheiro tendo em vista que este já tem direito à herança.

Não podemos esquecer de falar do regime sucessório da união homoafetiva que envolve o mesmo regime sucessório da união estável. De acordo com Ferreira (2011,p.22-24):

É nessa hermenêutica constitucional axiológica, construída precipuamente para a proteção da pessoa humana, que se evidencia afirmar a compreensão das uniões homoafetivas como núcleos familiares merecedores de especial proteção do Estado (CRFB/88, art. 226). O

princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 está no mais elevado topo do ordenamento jurídico, dele se irradiando todos os demais princípios, que vão dar sentido ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar sem que haja necessidade de previsão legal. Sendo reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, obviamente serão aplicados os mesmos efeitos patrimoniais. O regime de bens será o da comunhão parcial de bens e a legislação balisadora da divisão patrimonial estará nas leis nº 8.971/94 e 9.278/96 e o disposto nos artigos 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil.

Segundo argumento acima, sendo reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplica-se as normas da união estável, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, ganhando proteção do Estado.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 foi apresentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, e discutia a violação de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, autonomia da vontade e segurança jurídica e, além disso, a interpretação conforme a constituição. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 foi ajuizada pelo Procurador Geral da República, admitido com sucedâneo recursal da ADPF 132 tendo pedido idêntico que é a interpretação conforme a constituição do artigo 1723, CC, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar.

Segundo Tavares da Silva e Monteiro: (2012, p. 58):

O Enunciado n. 524 da V Jornada de Direito Civil realizada no Conselho da Justiça Federal de 8 a 10 de novembro de 2011, interpreta o art. 1.723 nos seguintes termos: "Art. 1.723. As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família".

O STF não disse que a união homoafetiva é união estável e deveria emendar a Constituição Federal, mas o Supremo Tribunal Federal não tem competência para emendar, só o Poder Legislativo. Logo, na união homoafetiva aplica-se, por analogia, as regras da união estável.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral do Recurso Extraordinário 646721, nas hipóteses de sucessão legítima do companheiro homoafetivo no que diz respeito o artigo 1.837 do Código Civil que trata da sucessão do companheiro. Em primeiro grau, a sentença reconheceu a improcedência do pleito que pedia a configuração da sucessão conforme o artigo 1.790, inciso III, CC, que atribuía no caso em questão, 50% para o companheiro e 50% para a mãe, pois

entendia que esse artigo só diz respeito ao cônjuge, e não ao companheiro. Em grau de recurso, continuou o entendimento da sentença, ao dizer que a união estável é diferente do casamento, logo a disciplina do cônjuge é diferente da disciplina do companheiro. O Ministro Relator Marco Aurélio reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Até o momento, o recurso extraordinário não foi julgado pelo STF.

2.2.6 Natureza jurídica da união estável

Posicionamentos divergentes surgem no que diz respeito à natureza jurídica da união estável. Temos o melhor entendimento de Lôbo (2010, p. 169) que:

Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica.

O ato-fato jurídico é um fato jurídico que não passa pelo plano da validade, sendo caracterizado pela ausência de necessidade de manifestação de vontade para configurá-lo.

Segundo Lobo (2008, p. 152) :

a natureza jurídica da união estável é de ato-fato jurídico, sendo, portanto, desnecessário qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos, bastando à configuração fática para a incidência das normas cogentes. Assim, defende ser possível sua existência mesmo diante da manifestação da vontade de uma, ou ambas as partes, afirmando a inexistência da união estável, pois repisa-se, não depende de manifestação volitiva declarada.

Para o presente autor, a união estável se enquadraria no conceito de ato-fato jurídico, logo regida por normas cogentes e indisponíveis, não dependendo de manifestação de vontade, pois preenchidos os requisitos já se configura uma conduta humana que ainda que não intencional gera consequências jurídicas previstas em lei.

Dias (2007): compreende a natureza jurídica da união estável como ato jurídico que surge da manifestação de vontade humana.

A união estável não pode ser concebida como ato jurídico, pois depende da manifestação de vontade, e nesta não depende da vontade humana.

Segundo Venosa (2013, p. 40): "A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico".

A união convivencial é um fato jurídico, mais especificamente, um ato-fato jurídico. O fato jurídico diz respeito a todo fato da vida que adentra no mundo jurídico.

Conforme Diniz (2012, p. 430): "A união estável ou concubinato puro é uma espécie do concubinato (gênero), sendo uma união de fato tutelada pela CF/88".

A união estável é uma união de fato, pois é percebida pela realidade e pela realidade fática, não necessita de qualquer formalização.

Farias e Rosenvald (2012a, p. 514-516) entende a união estável como:

Uma situação de fato existente entre duas pessoas, de sexos diferentes, e desimpedidas para casar, que vivem juntas, como se casadas fossem (convivência *more uxório*), caracterizando uma entidade familiar. Um simples fato jurídico (a convivência duradoura com *institu familiae*), produzindo efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, distinguindo-se do casamento, apenas e tão somente, pela inexistência de formalidade legais e obtendo a mesma proteção que for dispensada a qualquer outro núcleo familiar.

A união estável é entendida como uma situação fática tutelada pelo ordenamento e se diferenciando do casamento apenas pela ausência de formalidades legais.

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.435) relatam que: "a união estável é um fato da vida e, como tal, se configurada, não será uma simples declaração negocial de vontade instrumento hábil para afastar o regramento de ordem pública que rege este tipo de entidade familiar".

Acertado o posicionamento acima, visto que por ser um fato da vida e disciplinado por normas imperativas, não poderá uma simples declaração sobrepor essas normas.

Tavares da Silva (2012, p. 58) entende que: "A união estável tem natureza fática, formando-se e extinguindo-se no plano dos fatos, sem a obrigatoriedade de sua formalização por um ato solene e de sua desconstituição por outra providência formal".

Por ter natureza de fato, não necessita de solenidade ou formalidade.

Logo, percebe-se que a união é um fato jurídico, pois ao adentrar no ordenamento pátrio-jurídico, deixará de ser um fato social, gerando desdobramentos jurídicos.

Segundo Azevedo (1999 *apud* GONÇALVES, 2009b, p. 562):

Realmente como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se enfim, como se casados fossem.

Boa parte da doutrina considera a união estável um fato social ou fato da vida, que diante da realidade vivida pode gerar efeitos perante ordenamento jurídico.

Conforme Cruz (2009, p. 1): "A união estável, um estado de fato, se converteu em relação jurídica (fato jurídico), em virtude da Constituição Federal atribuir-lhe regramento próprio".

Mello compreendia, no ano de 2010, a união estável como ato jurídico compósito, o qual depende de manifestação de vontade expressa para gerar os efeitos já previstos na lei. Porém em 2012, alterou o seu pensamento identificando a união estável como negócio jurídico.

Mello (2010, p.167):

A constituição de união estável, cujo suporte fático se compõe da exteriorização da vontade de viver em comunhão, complementada com a efetiva ocorrência de um estado de fato materializado na convivência pública, contínua e duradoura...A inclusão de declarações de vontade que constituam negócios jurídicos quando da prática de ato jurídico *stricto sensu* não altera a natureza deste. É o caso, por exemplo da união estável.

Um exemplo de ato jurídico compósito é o domicílio, que possui a residência, mais, o ânimo definitivo. Sendo necessário, além do suporte fático, a manifestação expressa de vontade.

Conforme entendimento de Maluf e Maluf (2013, p. 365):

A união estável tem natureza jurídica de um contrato não solene, elaborado por escrito ou verbal. Assim, uma das características principais da união estável é a ausência de formalismos para a sua constituição, pois independe de qualquer solenidade, basta apenas o início da vida em comum.

Não vige tal entendimento, pois a união estável não é um contrato, nem basta apenas o início da vida em comum, pois pode haver vida em comum, mas não caracterizar o intuito de constituir família.

Segundo o novo posicionamento de Mello (2012, p. 201): "Se trata de negócio jurídico em cujo suporte fático há (a) uma manifestação de vontade não bastante em si, (b) que se completa como ato-fato da convivência pública, permanente e contínua".

De um lado está o princípio da autonomia privada que aborda a união estável como negócio jurídico e do outro temos a compreensão mais acertada, na qual a união convivencial é regida por normas cogentes, indisponíveis pela vontade das partes, possuindo natureza jurídica de ato-fato jurídico.

2.2.8 União Estável x Namoro

Diante dos requisitos expostos, surge a indagação de qual é a diferença da união estável para o simples namoro.

Já que o namoro, via de regra, antecede uma união estável, cujo início, salvo se existir um pacto escrito, é de difícilíssima apuração, pode-se imaginar a confusão que pode ocorrer entre essas duas situações nos autos de um processo judicial. A título de exemplo, ao considerar-se a nota de compra de alianças como prova da data inicial de uma união estável, olvida-se que namorados e noivos também trocam esses anéis (TAVARES DA SILVA, 2004a).

A diferença está no requisito subjetivo, que é o *animus* de constituir família. A distinção está numa linha tênue que deve ser analisado no caso concreto, pois atualmente os relacionamentos apresentam cada vez mais características de união estável.

Segundo Tavares da Silva (2004b, p. 2):

Com a finalidade de evitar qualquer interpretação em sentido diverso, do Projeto de lei 6.960 de 2002, consta sugestão legislativa de inserção de parágrafo único no art. 1.727 do Código Civil, nos seguintes termos: "As relações meramente afetivas e sexuais, entre o homem e a mulher, não geram efeitos patrimoniais, nem assistenciais".

Na união estável existem direitos e deveres como: alimentos, herança, meação, partilha de bens e direito real de habitação. No namoro não existe nenhum desdobramento jurídico, não havendo assim, direitos e deveres jurídicos.

Segundo Corrêa (2009, p. 55):

É visível, que a união estável está muito mais próxima do casamento do que do namoro, na verdade é uma situação de casados sem que tenha existido celebração do casamento, perceptível por todas consequências advindas da união estável. O casal, então, que embora não tenha celebrado o casamento, já vive com todas as "liberdades" e deveres recíprocos atribuídos ao casamento, está claramente em união estável, que é de logo, completamente diferente da relação que se estabelece entre namorados, embora muitas vezes, comprometido e estável, não mostra as características de matrimônio claramente representada pela união estável.

Normalmente os namorados dormem na casa do outro, frequentam festas e locais públicos juntos, possuem um período longo de relacionamento, são conhecidos público e notoriamente como marido e mulher, porém a relação amorosa não possui *animus* de constituir família.

Para Madaleno (2008, p. 787) "o período de noivado e o simples namoro não caracterizam a união estável, salvo se preenchidos os requisitos da união estável".

Na jurisprudência abaixo foi reconhecido o namoro ao invés da união estável, pois não estava presente o intuito de constituir família, caracterizando um relacionamento afetivo íntimo com características próprias de um namoro:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. 1. Não se pode entender como união estável relacionamento que não possuía objetivo de constituição de família e tampouco coabitação. Relacionamento íntimo sem comprometimento e interação de vidas não preenche os pressupostos de uma união estável. O fato de o requerido frequentar regularmente a casa da namorada, lá fazer refeições e pernoitar, não é incomum à rotina dos namorados dos dias atuais, o que não faz com que tal período de relacionamento possa ser caracterizado como uma união estável, cujos requisitos são bastante precisos e não estavam presentes na convivência das partes desde o início. [...] .DESPROVERAM O APELO, UNÂNIME(SEGREDO DE JUSTIÇA) (14 FLS D.) (APELAÇÃO CÍVEL N 70006282024, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS. JULGADO EM 04/03/2003).

A grande preocupação é o temor de um simples namoro ser caracterizado como união estável e a partir daí repercutirem reflexos patrimoniais. Devido a esse temor, começaram a serem feitos contratos de namoro com diversos posicionamentos doutrinários no que tange ao âmbito de existência, validade e eficácia. Surge a partir

daí a mercantilização do amor e uma declaração de descompromisso, pois no contrato de namoro será dito que não há nem intuito de constituir família e nem obrigatoriedade de cumprimento de direitos e deveres jurídicos entre as partes envolvidas.

O tópico a seguir abordará o conceito de contratos, a discussão da possibilidade da contratualização das relações contratuais, assim como, os planos jurídicos e os principais princípios aplicáveis ao contrato de namoro como facilitador ao entendimento dos tópicos subsequentes.

3 CONTRATUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O contrato não é um instituto recente no Direito, existe desde os primórdios do Direito Romano, quando o contrato era uma espécie de convenção - um acordo existente entre os sujeitos de direito, ou seja, as partes envolvidas na relação jurídica.

Segundo Gonçalves (2009a, p. 3):

O direito romano distinguiu *contrato* de *convenção*. Esta representava o gênero, do qual o contrato e o *pacto* eram espécies. O Código de Napoleão foi a primeira grande codificação moderna... Idealizado sob o calor da Revolução de 1789, o referido diploma disciplinou o contrato como mero instrumento para aquisição da propriedade. O acordo de vontades representava, em realidade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias. Hoje, as expressões *convenção*, *contrato* e *pacto* são empregadas como sinônimas.

A convenção era dividida em pactos (*pactus*) e contratos (*contractus*). Os pactos não eram obrigatórios, tendo uma feição mais moral e religiosa, normalmente eram cumpridos por causa da grande influência do Direito Canônico da época e pelo temor de uma sanção de Deus. Os contratos eram obrigatórios, possuindo uma feição mais racional e negocial.

Segundo Tartuce (2007, p. 41): "Em uma primeira fase do Direito Romano, os contratos apresentavam um caráter religioso e sacramental, baseados em ritos solenes com carga religiosa. A intenção das partes, nesse momento histórico, estava adstrita às palavras pronunciadas".

No Direito Romano, os contratos eram analisados sob o prisma do *pacta sunt servanda*, que é o princípio da obrigatoriedade dos contratos, no qual, se as partes não cumprissem o contrato sofreriam sanções jurídicas e morais, pois ao firmar os contratos estavam obrigadas a cumpri-los perante Deus, e não cumprindo, estariam contrariando Deus. A lógica da obrigatoriedade dos contratos desenvolveu a burguesia que ganhou força devido à segurança jurídica dos contratos e à sua conotação inicialmente religiosa, assim, muitos temiam o descumprimento do contrato com medo de um "castigo" de Deus.

Segundo Lobo (2011, p. 39-43):

A ausência de previsão constitucional, sobre a liberdade contratual, correspondia à concepção que passou a ser dominante de que a "mão invisível" do mercado daria conta do equilíbrio dos interesses privados, sem necessidade da interferência do Estado. Minimização do Estado e maximização da liberdade individual e contratual passaram a ser lugares-comuns...Porque a teoria clássica do contrato entrou em crise? Porque seus pressupostos e sua ideologia de supremacia da autonomia individual em relação ao Estado são conflitantes com a Constituição social, amplamente difundida em todos os povos, a partir das primeiras décadas do século XX...As vicissitudes por que tem passado o contrato após o advento do Estado social refletiram-se nos limites da autonomia da vontade, tanto negativos quanto positivos. A doutrina tradicional e liberal do contrato aludia apenas e genericamente aos bons costumes e à ordem pública. Todavia, o imperativo de justiça social, predominante nas chamadas constituições sociais, fez com quem crescessem técnicas jurídicas de limitação da liberdade de contratar, mediante normas cogentes. Por outro lado, princípios sociais do contrato (função social, boa-fé e equivalência material) passaram a conformar a autonomia da vontade.

Surge o liberalismo com a ideia do não-intervencionismo do Estado da economia e a teoria da mão invisível de Adam Smith, no qual a economia se regula sozinha, não dependendo da atuação do Estado. Posteriormente, surge a necessidade da intervenção do Estado na economia, devido ao fracasso do liberalismo, porém deve-se observar que o Estado não deve intervir de qualquer forma. Atualmente, os contratos possuem forte influência dos princípios da eticidade e socialidade, que demonstram uma evolução na sociedade e nos contratos.

Para Azevedo (2002 *apud* FARIAS e ROSENVALD, 2012b, p. 59)

O contrato como todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide.

O contrato é definido como um fato jurídico, que é um fato da vida com interferência humana que decorre efeitos no âmbito do direito, sendo enquadrado na categoria de ato jurídico em sentido amplo, mais especificamente, um negócio jurídico bilateral.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011b, p. 47): "Contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades".

O negócio jurídico é uma manifestação de vontades entre as partes que escolhem os efeitos que decorrerão do contrato, não podendo ser caracterizado como ato jurídico em sentido estrito, pois neste os efeitos decorrem da lei.

A contratualização das relações familiares é possível no ordenamento jurídico. Primeiramente, o regime de bens do casamento pode ser regido pelo pacto antenupcial, que é um negócio jurídico, no qual se escolhe qual o regime de bens do casamento.

Semelhante ao pacto antenupcial tem-se na união estável o contrato de convivência, o qual deverá estabelecer o regime de bens da convivência. Deve-se observar que, diante de uma entidade familiar, tem-se realizado a contratualização do relacionamento afetivo no que diz respeito ao regime de bens, nos casos de renúncia a alimentos entre cônjuges, renúncia à herança de pessoa viva, como também afastando o regime de bens, com cláusula de indenização por infidelidade e com cláusula de poligamia.

3.1 PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO X PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

No Estado Liberal, havia a chamada *summa divisio*. Esse conceito dizia que o que era Direito Público seria tratado pela Constituição Federal e o que fosse Direito Privado seria tratado pelo Código Civil, ou seja, a Constituição Federal era o instituto de Direito Público e o Código Civil era o instituto de Direito Privado.

Depois de longo tempo dessa divisão arcaica e desarrazoada, o Direito Público começou a adentrar no ramo privado, com os seus princípios constitucionais, como grande vetor, o princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros, e o Direito Privado também através dos conceitos e nomenclaturas começou a penetrar no ramo público, ocorrendo a extinção da *summa divisio*.

Segundo Ludwing (2002, p. 99-103):

Isto representa um dos pontos essenciais que nosso trabalho pretende assentar: também o direito privado, atualmente, contempla normas de ordem pública; o direito privado contém preceitos de interesse geral; também os institutos de direito privado possuem marcada função social. [...] Efetivamente o conceito de ordem pública não é exclusivo do direito público,

equivoco em grande parte responsável pela concepção dicotômica do discrimine entre direito público e privado. [...] No sentido oposto ao fenômeno que acabamos de enfocar, dar-se-ia a chamada “privatização do público” quando fosse valorativamente verificada a supremacia do privado sobre o público.

Não podemos esquecer que o Direito é uno e que com a constitucionalização do Direito Civil, a Constituição passou a ser o foco; o centro das atenções.

Segundo Figueiredo (2009a, p. 29-32):

Antes o direito civil estava fragmentado, com inúmeras leis especiais, estatutos, e com essa constitucionalização, ocorreu a reunificação do direito civil, voltando a ser uma unidade mais complexa e singular. A Constituição passa então a tratar de temas cíveis, e diante de questões de ordem cogente, o Estado poderá intervir nos interesses privados.

Atualmente, os cursos de Direito utilizam essa nomenclatura diferenciando o Direito Público do Direito Privado apenas como orientação didática para uma melhor compreensão, porém na prática, essa divisão não existe mais.

Para Negreiros (2006, p. 11) :

O processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo- em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde antes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social.

A solidariedade social ganha destaque na atual órbita constitucional, limitando assim a liberdade de cada indivíduo anteriormente vista como absoluta.

Para Diniz (2011, p. 40):

Constitucionalização do direito civil em razão da função social do contrato e da propriedade e da crescente intervenção estatal na vida privada. Com isso, esvaziou-se o Código Civil, passando seus institutos a ter seus parâmetros dispostos em norma constitucional. Por que isso se deu? Diante das transformações sociais, juristas e juízes passaram a interpretar extensivamente normas de ordem pública e até mesmo a própria Constituição Federal, dando azo a um fenômeno eficaz no qual há incidência normativa, geradora de efeitos, privilegiando a pessoa e a realização, no seio da comunidade familiar, de seus interesses afetivos, transformando a ordem jurídico-positivo-formal numa ordem jurídica personalista.

Portanto, com a intervenção do Estado na seara privada, ocorreu a crescente penetração de normas de ordem pública, cogentes, adentrando no Direito Civil,

surgindo, assim, uma interpretação baseada na pessoa, e não mais no aspecto formal.

O Direito Privado não trata apenas de interesses particulares e o Direito Público não trata só dos interesses da coletividade, há uma junção dos institutos público-privado. Não podemos afirmar que o Direito Público sempre terá interferência do Estado, nem que o Direito Privado nunca terá atuação estatal, devido à interpenetração dos dois institutos e diante da unidade do ordenamento jurídico.

3.2 PLANOS

Miranda (2005 *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2012b) foi o grande idealizador da divisão do negócio jurídico em planos, criando, assim, os planos da existência, validade e eficácia. Chamou esses planos de "escada ponteana".

Segundo Farias e Rosenvald (2012b, p. 66):

plano da existência, relativo ao *ser*, isto é, à sua estruturação, de acordo com a presença de elementos básicos, fundamentais, para que possa ser admitido, considerado; *plano da validade*, dizendo respeito à aptidão do negócio frente ao ordenamento jurídico para produzir efeitos concretos; *plano da eficácia*, tendo pertinência com a sua capacidade de produzir, desde logo, efeitos jurídicos ou ficar submetido a determinados elementos acidentais, que podem conter ou liberar tal eficácia.

No plano da existência estão presentes os elementos essenciais para formação do negócio jurídico; no plano da validade percebe-se os pressupostos de validade no que diz respeito a estar de acordo ou não com o ordenamento pátrio-jurídico; no plano da eficácia têm-se os fatores eficaciais, caracterizados pelos elementos acidentais, tal como: termo, encargo ou condição, que poderá estar presente ou não no negócio jurídico.

Os planos são independentes e autônomos, tendo apenas o plano da existência como imprescindível.

Segundo Mello (2012, p. 133):

O negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu* poderá ser existente, válido e eficaz (casamento de homem e mulher capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente); existente, válido e ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador); existente,

inválido e eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), ou, quando se trata de fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico, ou fato ilícito *lato sensu*, existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio), ou excepcionalmente, existe e ineficaz.

Logo, percebe-se uma diferença entre os atos jurídicos *lato sensu* (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico) e os demais fatos, tendo em vista que o ato-fato jurídico, o fato jurídico *stricto sensu* e fato ilícito não passam pelo crivo da validade.

Segundo Farias e Rosenvald (2012b, p. 60-61):

O fato jurídico é aquele acontecimento *capaz de produzir efeitos* (isto é, capaz de criar, modificar, substituir ou extinguir situações jurídicas concretas), trazendo consigo uma potencialidade de produção de efeitos, mas não necessariamente fazendo que decorram tais consequências [...]. É possível classificar os *atos jurídicos, em sentido amplo, de lícitos* (em conformidade com o ordenamento jurídico) em: a) *atos jurídicos em sentido estrito*, que decorrem de fenômenos naturais, sem intervenção humana; b) *atos jurídicos em sentido amplo*, que são os acontecimentos decorrentes da exteriorização da vontade humana; c) *atos jurídicos em sentido estrito*, resultantes da subdivisão dos atos jurídicos *lato sensu*, caracterizados pela vontade humana de que decorram efeitos previstos na norma jurídica; d) *negócio jurídico*, também fruto da subdivisão dos atos jurídicos em sentido amplo, tipificando categoria na qual a vontade humana escolhe os efeitos que decorrerão; e *ato-fato jurídico*, no qual o elemento humano é essencial para a sua existência, mas cuja produção de efeitos independe do ânimo, pois o direito reputa irrelevante a vontade de praticá-lo.

Diante da clara diferenciação dos fatos jurídicos, adentraremos no plano da existência, que é o primeiro plano da "escada pontearna".

O plano da existência é um assunto de vasto aprofundamento teórico, e tendo em vista o corte epistemológico necessário para tal pesquisa, vejo como necessário limitar aos elementos existenciais.

No plano da existência têm-se os requisitos essenciais ou necessários para a constituição do negócio jurídico. Percebe-se que o plano da existência é um plano fático, não expresso no ordenamento jurídico, pois este se inicia tratando dos pressupostos de validade.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011b, p. 54-56):

No plano da existência se fazem presentes 4 (quatro) elementos, quais sejam: o primeiro, considerado a essência do negócio jurídico, qual seja a manifestação de vontade, ou seja, sem querer humano não há negócio jurídico, e não havendo negócio, não se fala em contrato. O segundo elemento existencial é a presença de agente para manifestar tal vontade. A vontade contratual não se manifesta sozinha, sendo necessária a presença de sujeitos para declará-la. E o que será declarado é o objeto que se divide

em mediato e imediato. O objeto imediato diz respeito a prestação de dar, fazer e não fazer, enquanto o objeto mediato é o bem da vida posto em circulação. E por fim essa manifestação de vontade do agente para a realização desse objeto, precisa de uma forma para se exteriorizar.

Os elementos de existência do negócio jurídico são agente, objeto, forma e manifestação de vontade.

O plano da existência não é reconhecido legalmente, tendo em vista que não está expresso no Código Civil Brasileiro, porém a doutrina vem reconhecendo esse plano como essencial e imprescindível para compreensão dos demais planos, quais sejam, o plano da validade e o plano da eficácia.

Segundo Kruschewsky (2009, p. 254):

De toda a sorte, a doutrina majoritária aplaude a distinção – embora não prevista legalmente- e acentua a importância pragmática sustentando que o ato inexistente, ao contrário do nulo, prescinde de reconhecimento judicial e não está sujeito a prescrição. Segundo a maioria, o ato inexistente é o que não chega sequer a se formar, por lhe faltar um pressuposto material de constituição, diferentemente do que ocorre com a nulidade que chega a existir, mas à margem da validade.

Existia grande dificuldade em compreender a diferença entre o plano da existência e plano da validade. Entendia-se que o plano da validade já englobava o plano da existência, porém esse entendimento não vige mais, mas sim que existem três planos autônomos e independentes.

No plano da validade, os pressupostos devem ser válidos para alcançar o fim alvitado, sendo, portanto, pressupostos constitutivos do negócio jurídico. Estes estão descritos no artigo 104, do Código Civil, quais sejam, agente capaz; (adentrando também a legitimidade que não está prevista no art.104,CC), objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei. Apesar de não estar expresso no artigo 104, do Código Civil, entende-se que outro pressuposto de validade é a manifestação de vontade livre, desembaraçada e de boa-fé.

A capacidade esta descrita no artigo 1º do Código Civil que diz que: "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil", logo percebe-se que o incapaz será representado - no caso de absolutamente incapaz - ou assistido - no caso de relativamente incapaz. A legitimidade é uma espécie de capacidade especial, na qual determinada pessoa tem o poder de praticar determinados atos.

No que diz respeito ao objeto lícito, entende-se que o lícito é aquele comportamento não contrário ao direito, à boa-fé e aos costumes, conforme artigo 187 do Código Civil. Com relação à possibilidade, deve-se analisar se é um fato que pode existir. Por exemplo, não se pode fazer um contrato de compra e venda de um pedaço da lua. Essa possibilidade divide-se em fática e jurídica, sendo importante aqui como pressuposto a possibilidade jurídica do objeto. No que tange a determinabilidade, o objeto deve ter suas qualidades definidas, e não apenas a quantidade.

A forma, via de regra, deve ser livre, salvo, se houver disciplina contrária, como é o caso do artigo 108 do Código Civil, que disciplina que a compra e venda deve ser realizada por escritura pública no caso de imóveis cujo valor seja superior a trinta salários mínimos. A forma deve ser prescrita ou não defesa em lei, quando prescrita deverá ser expressa no ordenamento jurídico e, caso contrário, será livre, que é a regra. Não defesa em lei significa não proibida por lei.

A manifestação de vontade livre, desembaraçada e de boa-fé é um pressuposto de validade questionado, pois essa é a essência do contrato. Essa manifestação deve ser livre, nunca vinculada a algum fator externo; desembaraçada, porque não deve haver contradição e de boa-fé, esta, de natureza objetiva, por ser um padrão de conduta perante o ordenamento jurídico.

Quando declarado inválido, poderá ser por nulidade absoluta/nulidade ou nulidade relativa/anulabilidade. Os atos nulos estão descritos no artigo 166 do Código Civil Brasileiro:

I) celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II) foi ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto; III) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV) não revestir a forma prescrita em lei; V) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI) tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção.

Além desses atos que levam a nulidade, temos também a simulação no artigo 167, do mesmo diploma normativo.

As nulidades podem ser declaradas a qualquer tempo e são imprescritíveis, dizem respeito à violação de normas de ordem pública, contendo interesse social. Outras características são: pode ser alegada de ofício pelo juiz, gera efeitos *ex tunc* e pode ser convertido, e não convalidado.

Já a nulidade relativa ou anulabilidade diz respeito à violação de normas de ordem privada, de interesse particular, não podendo ser declaradas de ofício pelo juiz, apenas por requerimento das partes, gerando efeitos *ex nunc*, devem ser arguidas no prazo decadencial de 4 anos, via de regra e pode ser convalidado. Os vícios anuláveis estão no artigo 171, do Código Civil Brasileiro de 2002 que diz que: "Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I) incapacidade relativa do agente; II) por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores".

Existe uma grande diferença entre convalidação e conversão. A convalidação apenas é possível quando a invalidade for por nulidade relativa, ou seja, o ato é anulável, podendo ser modificado e tornar-se válido, conforme os artigos 172 e 173 do CC, devendo haver a vontade expressa de permanência e a substância do negócio. Já a conversão ocorre quando o ato é nulo, não podendo ser convalidado, este caso é chamado de conversão substancial.

O Enunciado 13 do Conselho da Justiça Federal, que se refere à conversão substancial, exige o requisito objetivo e o requisito subjetivo. Os requisito objetivo diz respeito aos elementos do negócio nulo serem aproveitados no novo negócio, enquanto o requisito subjetivo, refere-se à manifestação de vontade originária e deve ser aproveitada no novo negócio, conforme também interpretação do artigo 170 do Código Civil que trata na conversão substancial.

Busca-se no ordenamento jurídico, redução do negócio jurídico, conforme o artigo 184, CC como forma de conservação dos atos. Quando for possível, se retirará a parte viciada do negócio jurídico, tornando-o válido. Segundo o referido artigo: "Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal".

Assim, isso só ocorrerá no caso de invalidade parcial ou anulabilidade, eis que, no caso de invalidade total, o negócio jurídico não poderá ser conservado, havendo assim, a conversão.

O plano da eficácia é um assunto de amplo aprofundamento teórico e de acordo com o corte epistemológico necessário para tal pesquisa, vejo como necessário limitar aos conceitos dos elementos acidentais.

No plano da eficácia percebe-se a existência de elementos acidentais que podem existir ou não. Nos negócios jurídicos podem ocorrer efeitos jurídicos ou efeitos decorrentes dos elementos acidentais que são: condição, termo e encargo.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2011b, p. 58):

Termo é o evento futuro e certo, que protraí o começo da produção dos seus efeitos (termo inicial) ou faz cessá-lo (termo final). Condição é um evento futuro e incerto que, se ocorrente, poderá dar início à produção de efeitos (condição suspensiva) ou fazer cessá-los (condição resolutiva). E o modo/encargo é a determinação acessória acidental de negócio jurídicos gratuitos, que impõe ao beneficiário da liberalidade um ônus a ser cumprido, em prol de uma liberalidade maior.

A condição diz respeito ao evento futuro e incerto; o termo a futuro evento e certo; e o encargo, diz respeito a um ônus que uma das partes escolhe fazer para se beneficiar de uma liberalidade. É presente no Código Civil Brasileiro a disciplina dos elementos acidentais nos artigos 121 a 137.

A ineficácia ocorre quando o contrato não produz seu fim alvitado, segundo Kruschewsky (2009, p. 252-254):

Podendo ser ineficaz absolutamente ou relativamente. Será absolutamente ineficaz quando não produzir efeitos em relação às partes, nem em relação a terceiros, enquanto na relativamente ineficaz produz efeitos em relação às partes, mas não atinge terceiros. [...] A ineficácia pode ser também total ou parcial. Total diz respeito a todo contrato e parcial, apenas a uma parte dele. [...] Poderá ser também ineficaz temporariamente, se puder se tornar eficaz posteriormente, e ineficaz permanentemente quando será ineficaz, sem retorno a eficácia.

A ineficácia poderá ser em relação às partes ou a toda sociedade, sendo aquela relativa e esta absoluta. O conteúdo pode ser total, atingindo todo o contrato, ou parcial, atingindo algumas cláusulas. Também poderá ser temporária ou permanente, aquela podendo retornar a ser eficaz, e esta não podendo mais ser eficaz.

3.3 PRINCÍPIOS

Os princípios são normas jurídicas dotadas de abstração e generalidade, diferentemente das regras jurídicas, que também são normas jurídicas e têm como característica a rigidez. Percebe-se, portanto, que os princípios geram uma maior interpretação e extensão no caso concreto.

Segundo Alexy (2009, p. 87): "Um critério para averiguar se o juiz apóia-se em princípios é saber se ele procede a uma ponderação. Aplica-se o seguinte teorema: quando uma pessoa procede a uma ponderação, ela se apóia necessariamente em princípios".

Pode existir mais de um princípio em questão, porém ocorrerá a ponderação de bens e interesses para perceber qual princípio deve prevalecer em detrimento do outro. Esse "choque" de princípios deve ser analisado cada caso com suas particularidades perante o juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

Para Ávila (2009, p. 78-79):

Os princípios são normas imediatamente finalística, primariamente prospectivas e com a pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido.

Acertado o posicionamento acima delineado, pois o princípio visa um fim; um objetivo, havendo uma relação entre o estado das coisas e os seus efeitos.

Segundo Alexy (2009, p. 85):

Os princípios são *mandamentos de otimização*. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida exigida de sua realização depende não somente das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios.

Percebe-se que necessita da possibilidade jurídica e real para a aplicação dos princípios, conforme a ponderação.

Já para Dworkin (1997 *apud* SILVA, 2002, p. 43-45):

O direito não pode ser corretamente descrito por meio de um modelo que só conceba a existência de normas que se aplicam ou não se aplicam, no todo. Ao lado dessas normas, que podem ser chamadas de regras [rules], o direito congrega pautas que não são jurídicas por se terem originado conforme um padrão pré-fixado de competência [...] mas pelo fato de os funcionários deverem, ao decidir sobre um caso, necessariamente levá-los em conta. Essas pautas são os princípios definidos por DWORKIN como um “standard que deve ser observado não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça de equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”. Mas não só a origem identifica os princípios. Além dela, ambos também se diferenciam pela *forma*, pela *lógica* com que operam e pelo *conteúdo*. Os princípios são vagos e genéricos, aplicados conforme o seu peso específico ou relevância para o caso concreto e não exprimem um preceito jurídico de exata aplicação, mas fins ou valores a serem sopesados pelo julgador.

Os princípios, portanto, dizem respeito à justiça, à igualdade e à moral, sendo caracterizados pela sua generalidade, vagueza e aplicação de acordo com a análise do caso concreto.

Para Alexy (1988 *apud* SILVA, 2002, p. 45):

Para compreensão dos princípios (em DWORKIN), deve-se fixar a atenção na semelhança que eles possuem com aquilo que se costuma denominar de "valor (moral)". Princípios e valores seriam a mesma realidade, considerada ora no seu aspecto *deontológico* (os princípios) ora no *axiológico* (os valores).

Princípios e valores tratam da mesma realidade fática, porém em diferentes áreas da filosofia, sendo aquele relacionado ao estudo do dever-ser, e este ao estudo axiológico.

Os princípios tradicionais do direito contratual são: o princípio da obrigatoriedade dos contratos, também chamado de *pacta sunt servanda*; o princípio da autonomia da vontade; o princípio da relatividade dos efeitos. Posteriormente, surgem novos princípios como o da função social do contrato e o da boa-fé, que acabam por flexibilizar e relativizar a aplicação dos princípios tradicionais do Direito Contratual.

Os primeiros princípios tiveram grande carga valorativa do período do Liberalismo, com a predominância do individualismo, no qual a vontade era o princípio mais importante e absoluto e que os contratos obrigavam apenas as partes. Com o advento dos princípios ditos modernos, uma nova concepção socialista e coletiva do

direito adentra no ordenamento jurídico junto ao ideal de probidade, lealdade e boa-fé.

Segundo Tartuce (2007, p. 213): "Nossa melhor jurisprudência assim já vem procedendo, procurando sempre a verdade real e a socialidade, em detrimento da verdade formal e do tecnicismo exagerado".

A verdade real e a socialidade deve prevalecer em relação ao formalismo, diante dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva.

3.3.1 Obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade dos contratos ou intangibilidade diz que o contrato fará lei entre as partes, ou seja, formalizando um contrato, estão as partes obrigadas a cumpri-lo.

O princípio em questão, também chamado de *pacta sunt servanda*, tem origem canônica com influência dos ideais da Igreja Católica e posteriormente teve uma análise mais apurada e relativizada, devido à intervenção do Estado nas relações contratuais.

É um princípio clássico do Direito Contratual, juntamente com a relatividade dos efeitos e a autonomia da vontade. Por ser um princípio clássico, possui certas defasagens, pois foi constituído no século XIX.

Segundo Gonçalves (2009a, p. 28):

O aludido princípio tem por fundamentos: a) a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando a balbúrdia e o caos; b) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz.

A obrigatoriedade dos contratos garantia a segurança jurídica dos contratantes, com o qual poderia existir uma estabilidade das relações, um certo compromisso que o contrato seria cumprido.

Segundo Nery Jr. (2003 *apud* TARTUCE, 2007, p. 188):

A relativização do princípio da força obrigatória, ensinando que "decorre da função social do contrato o fato de o princípio da conservação contratual haver sido revisitado". Esse autor lembra que duas interpretações podem ser feitas em relação ao conteúdo do princípio da força obrigatória. A primeira, mais conservadora e alheia às alterações pelas quais a sociedade passou nos últimos anos, apóia-se no sentido de que o *pacta sunt servanda* impõe às partes o dever de cumprir tudo aquilo que foi pactuado e que consta do instrumento negocial. A segunda, condizente com a sociedade, "entende por conservação do contrato a sua manutenção e continuidade e execução, observadas as regras de equidade, do equilíbrio contratual, da boa-fé objetiva e da função social do contrato".

É visto que o princípio da obrigatoriedade dos contratos não é mais absoluto, sendo limitado pelos princípios sociais, quais sejam, o princípio da boa-fé e o princípio da função social do contrato.

Segundo Farias e Rosenvald (2012b, p. 156):

Na aurora do século XXI, uma das tarefas da doutrina civilista consiste em remodelar as bases da força obrigatória dos contratos. Conciliar o novo com o velho, reformar sem destruir, compreendendo que à luz do fenômeno da funcionalização da autonomia negocial às exigências constitucionais, o contrato será um projeto edificado por três atores: as partes, o legislador e o magistrado. Preserva-se a vinculatidade do contrato mediante a conciliação do útil e justo. O útil representando o interesse econômico dos contratantes, e o justo simbolizando o interesse do ordenamento jurídico em que o negócio jurídico produza positiva repercussão social.

Compreende-se que deve se analisar o justo e o útil no caso concreto, portanto a realidade acaba sendo muito mais importante do que um mero contrato. No contrato de namoro, mesmo havendo a celebração de um contrato, se a realidade for diferente, o contrato será ineficaz, pois a realidade fática deve ser sobrepor ao negócio jurídico.

3.3.2 Autonomia da Vontade

A autonomia da vontade é outro princípio clássico de extrema importância para compreensão dos contratos, pois é um princípio geral de todo o direito, não apenas se restringindo ao Direito Privado.

Para Duguit (19??, p. 193):

La autonomía de la voluntad es, ya lo he dicho, un elemento de la libertad en general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito. En otros términos, en el sistema civilista la autonomía de la voluntad es el poder de querer jurídicamente, y por lo mismo el derecho a que se querer ser socialmente protegido.

Para o autor supracitado, a autonomia da vontade está ligada ao ideal de liberdade, porém uma liberdade jurídica, ou seja, um querer jurídico socialmente protegido pela pessoa.

A interpretação acertada é de Figueiredo (2011) que acredita que a autonomia da vontade é mais ampla, relacionada à liberdade, enquanto a autonomia privada é a liberdade assistida, ou seja, é a liberdade dentro dos limites do ordenamento jurídico.

Esses limites são consagrados com a Constituição de 1988 através do intervencionismo estatal nas relações contratuais e através de uma nova realidade.

Conforme Tartuce (2007, p. 29): "A antiga visão de autonomia plena da vontade perde espaço para uma elaboração mais voltada à realidade social, tendo como base os envolvidos na relação negocial. Busca-se a realidade em detrimento da formalidade e do tecnicismo".

Logo, a ideia atual da autonomia privada está mais relacionada à realidade social, e não mais ao mero contrato. Portanto, se na realidade, o casal aparece para sociedade como se casados fossem com a convivência pública contínua e duradoura com intuito de constituir família configurará a união estável, independente da declaração de união estável.

É possível compreender também que havendo união estável cuja natureza jurídica é um ato-fato jurídico, não poderá um contrato de namoro descaracterizar essa união estável, tendo em vista que a realidade vivida é a união estável e o contrato não pode dispor de maneira fora da realidade.

Alves (2012, p. 611-618):

vem com a tese que a autonomia privada é o princípio norteador do direito de família, e que o mesmo deve ser aplicado nas relações familiares ao constatar que são regidas por normas de direito privado, não sendo, portanto, cogentes, nem indisponíveis pela vontade das partes. Acrescenta que é de livre arbítrio dos relacionamentos afetivos de direcionarem o seu

planejamento familiar e como outro argumento favorável a tese, o artigo 1.513 do Código Civil proíbe a intervenção na comunhão de vida por qualquer pessoa de direito público ou privado.

Porém, esse posicionamento não deve prosperar, pois as normas de direito de família são normas cogentes, imperativas, inderrogáveis pela vontade das partes, apenas sendo possível aplicar a autonomia privada no que diz respeito ao regime de bens. O Direito de Família deve, sim, ser tutelado pelo Estado, conforme o artigo 226, caput, Constituição Federal, no qual a família merece proteção especial do Estado.

Percebe-se que a autonomia privada é limitada por normas de ordem pública, e também pela lei e pela moral, conforme Díez- Picazo e Gullón (1999 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011b, p. 72):

A autonomia privada deve sofrer os seguintes condicionamentos: a) da Lei- a lei, manifestação maior do poder estatal, interfere no âmbito na autonomia privada, posto sem aniquilá-la, para salvaguardar o bem geral; b) da Moral- trata-se de uma limitação de ordem subjetiva, com forte carga ético-valorativa; c) da Ordem Pública- também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a observância de princípios superiores, ligados ao Direito, à Política e à Economia. Todas essas limitações não significam, como se disse, aniquilação da autonomia privada, pois, sem esta, as relações de direito privado se estagnariam e a sociedade contemporânea entraria em colapso.

Logo, vê-se que a autonomia é limitada pela ordem pública, lei e moral, não podendo ser plena e absoluta.

Segundo Borges (2005, p. 75):

Sendo um dos princípios fundamentais do direito privado, a autonomia privada encontra fronteiras em normas legais e na ordem pública. A validade de um negócio jurídico pode ser retirada porque o exercício da autonomia privada deve ser conforme o ordenamento jurídico, uma vez que o poder de autonomia privada é um poder atribuído pelo ordenamento aos sujeitos, havendo, portanto limites e formas de exercício estabelecidas pelo direito, de observância obrigatória para o sujeito.

Vê-se que deve prevalecer a tese de que a autonomia privada continua existindo, mas possui limites. O Estado deve intervir nos relacionamentos afetivos que constituem entidades familiares, tendo em vista que deve proteção especial ao instituto da família e que as normas de direito de família são normas de direito público que são cogentes e não podendo ser modificadas pela vontade das partes

envolvidas, devido a toda constitucionalização do direito privado, não devendo prosperar a tese de que o Estado deve intervir minimamente nas relações afetivas. No seção: "Contrato de namoro x Autonomia Privada", esse assunto será debatido mais profundamente.

3.3.3 Supremacia da Ordem Pública

O princípio em questão resta claro pelo próprio nome, no qual diz que existe a supremacia; superioridade da ordem pública sobre a ordem privada.

Segundo Tartuce (2007, p. 232-234):

Na visão clássica, pelo princípio da supremacia da ordem pública, o contrato não poderia trazer preceitos em conflito com a moral, com as normas de ordem pública e com os bons costumes. [...] A melhor expressão da supremacia do interesse público é o dirigismo contratual, que traz claros limites à autonomia privada e à vontade. [...] A questão aqui é delimitar o que são normas públicas e normas dispositivas, pois enquanto estas são disponíveis, aquelas são indisponíveis.

Compreende que o princípio da supremacia da ordem pública limita a autonomia privada, não podendo o contrato violar preceitos de ordem pública, a moral e os bons costumes.

Segundo Lopes (2000 *apud* BORGES, 2005, p. 79):

Oferece alguns elementos para uma melhor definição do que seja ordem pública. São objetivamente, as normas de direito que se voltam para a organização social. O civilista reconhece a dificuldade dessa definição e procura esclarecer o sentido de ordem pública, ao afirmar que "as normas revestidas desse caráter visam garantir e assegurar a existência do corpo social".

Dentro das normas de organização social está o instituto da família. Como as regras de Direito de Família são normas cogentes, nos contratos de namoro ocorre a prevalência de normas imperativas sobre a autonomia privada, que é limitada nesse caso, diante da impossibilidade de disponibilidade pela vontade das partes.

Em sentido contrário, Sarmiento (2007, p. 27, 81):

Uma absoluta inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira, como também pelos riscos que sua assunção representa para a tutela dos direitos fundamentais. [...] A absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise no

contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas.

A doutrina e a jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, admitem também a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, através de ponderações de interesses feitas diretamente pelo Poder Judiciário, em caso de conflitos entre princípios constitucionais não solucionados previamente pelo Legislativo, ou quando o equacionamento da questão empreendido por ele se revela inconstitucional.

Não deve prosperar esse entendimento, pois o princípio da supremacia da ordem pública ainda é vigente no ordenamento jurídico, e possui grande força no ordenamento jurídico.

Em posicionamento acertado, Sarmiento conclui que (2007, p. 104):

Assim, o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a “vitória” do direito fundamental.

Como o próprio autor fala, é possível a restrição a direitos fundamentais a depender do caso analisado, logo, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ocorrer a sua relativização em razão do princípio da supremacia da ordem pública.

Segundo Gonçalves (2009a, p. 24):

A ordem pública é também cláusula geral, que está no nosso ordenamento por meio do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, regra de direito internacional privado que retira eficácia de qualquer declaração de vontade ofensiva da ordem pública. A doutrina considera de ordem pública, dentre outras, as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária... enfim, “as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social política e econômica da Nação.

Nota-se que, se houver declaração de vontade contrária à ordem pública será vista como ineficaz, tendo em vista que as normas de ordem pública visam também proteger a família que é dada à proteção especial do Estado por ser um instituto basilar da sociedade.

3.3.4 Relativismo

O princípio do relativismo ou relatividade dos efeitos é um princípio clássico em decadência, pois o mesmo diz que os efeitos dos contratos somente serão direcionados às partes envolvidas.

Segundo Kruschewsky (2009, p. 34):

Os efeitos oriundos de um contrato são relativos, não absolutos, incidindo exclusivamente sobre os contratantes, sobre os quais se exaurem. Por envolver relação obrigacional, afeta apenas os que dela participaram, não se projetando *erga omnes*, sobre terceiros que nele não atuaram, mas *inter alios*.

Logo, vê-se que o princípio do relativismo ou relatividade dos efeitos se aplica às partes, tendo natureza obrigacional.

Conforme Gonçalves (2009a, p. 27):

Mostra-se ele coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais e que, portanto, só produzia efeitos entre aqueles que o haviam celebrado, mediante acordo de vontades. Em razão desse perfil, não se poderia conceber que o ajuste estendesse os seus efeitos a terceiros, vinculando-os à convenção. Essa visão, no entanto, foi abalada pelo novo Código Civil, que não concebe mais o contrato apenas como instrumento de satisfação de interesses pessoais dos contraentes, mas lhe reconhece uma função social. Não resta dúvida de que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, embora ainda subsista, foi bastante atenuado pelo reconhecimento de que as *cláusulas gerais*, por conterem normas de ordem pública, não se destinam a proteger unicamente os direitos individuais das partes, mas tutelar o interesse da coletividade, que deve prevalecer quando em conflito com aqueles.

O princípio da relatividade dos efeitos era muito utilizado no CC/16, apenas atribuindo os efeitos do contrato às partes. Porém, esse princípio teve a importância reduzida, devido à influência do princípio da função social e pela existência de cláusulas gerais que contêm normas de ordem pública.

Segundo Tartuce (2007, p.190-193, 232-233):

Contrapõe-se tal princípio, inerente ao direito obrigacional, à eficácia *erga omnes* dos Direitos das Coisas, regidos pelo princípio da publicidade. [...] De qualquer forma, deve-se reconhecer que a função social dos contratos quebra parcialmente com a relatividade dos efeitos. Isso foi reconhecido quando da *I Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n.21 do Conselho da Justiça Federal, pelo qual "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros [...]"

Na verdade, como o Código Civil enuncia o princípio da função social dos contratos no seu art. 421, pode-se dizer que, na sua eficácia externa, acabou por substituir a supremacia da ordem pública, no tocante às relações entre particulares.

Atualmente, com o surgimento do princípio da função social do contrato, o qual amplia os efeitos a toda coletividade, o princípio do relativismo perdeu sua força inicial, sendo relativizado diante da nova realidade social e jurídica.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 76-77):

Como negócio jurídico, em que há a manifestação espontânea da vontade para assumir livremente obrigações, as disposições do contrato, *a priori*, somente interessam às partes, não dizendo respeito a terceiros estranhos à relação jurídica obrigacional. Existem figuras jurídicas que podem excepcionar esta regra.

É possível perceber que as exceções dizem respeito aos contratos quando geram efeitos perante terceiros, nos seguintes casos: na promessa de fato a terceiro, segundo artigos 439 e 440 do Código Civil, na estipulação em favor de terceiro nos artigos 436 a 438 do CC e no contrato com pessoa a declarar dos artigos 467 a 471 do CC. De acordo com o corte metodológico, esse assunto será apenas citado.

3.3.5 Função Social

O princípio da função social diz que os efeitos dos contratos não afetaram somente as partes, mas toda a sociedade. Esse princípio se torna de muita relevância no contexto dos fatos sociais, baseado na eticidade e socialidade.

Segundo Nalin (2002 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 44-45):

A função social manifestar-se-ia em dois níveis: no intrínseco e no extrínseco. Ou seja: seu perfil extrínseco (o contrato em face da coletividade) rompe com o princípio clássico da *relatividade* dos efeitos do contrato. Passa a teoria contratual a preocupar-se, também, com as repercussões do negócio jurídico bilateral no largo campo das relações sociais. Já no aspecto intrínseco (o contrato visto como relação jurídica entre as partes negociais), a função social estaria ligada à observância dos princípios da igualdade material, equidade e boa-fé objetiva, por parte dos contratantes.

O princípio em questão possui sua faceta interna e externa. Internamente, se relaciona às partes, devendo guardar valores de eticidade e igualdade.

Externamente, se relaciona com a sociedade, mitigando o princípio da relatividade dos efeitos.

Surge o princípio da função social do contrato que segundo o artigo 421 do CC:

“A liberdade de contratar será exercida nos limites e em razão da função social do contrato”, ou seja, o princípio serve como balizador e limitador da liberdade de contratar. Não pode contratar de forma desenfreada e sem limites, deve obedecer ao funcionalismo.

Esse artigo 421 do CC sofre duas críticas no que diz respeito aos termos "em razão" e "liberdade contratual".

Segundo Tartuce (2011,p. 494-495) :

A primeira crítica diz respeito ao vocábulo liberdade de contratar que deve ser alterado para liberdade contratual, pois liberdade de contratar diz respeito à liberdade de firmar ou não contratos, já a liberdade contratual diz respeito ao conteúdo das cláusulas contratuais. Outra crítica contundente diz respeito à expressão *em razão*, devendo a mesma ser suprimida, tendo em vista que a função social é limitadora e a razão do contrato é a autonomia privada, e não a função social.

Com as duas modificações, o artigo ficaria coerente, pois a liberdade contratual diz respeito ao conteúdo do contrato, e com a supressão do termo "em razão", não existiriam mais controvérsias e equívocos, pois a razão do contrato não é a função social.

Para Duguit (19??,p. 180-181):

¿Em qué consiste, pues, esta noción de función social? Se reduce a lo siguiente: el hombre no tiene derechos, la colectividad tampoco los tiene. Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene em la sociedad una cierta función que lienar, una cierta tarea que ejecutar. No puede desjar de cumprir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaria um desorden o cuando menos um perjuicio social. Por outra parte, todos los actos que realizase contrários a la función que lê incumbe serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que lê correspnde em razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantidos.

O autor acima diz que não é possível conciliar os direitos do indivíduo com o os direitos sociais, tendo em vista que os indivíduos têm funções que não podem deixar de exercer na sociedade, para evitar danos sociais. Porém, não pode cometer atos contra a função social por serem socialmente protegidos.

Para Tartuce (2007, p. 233):

Como se sabe, a autonomia da vontade manifestada em negócio jurídico encontra limitações nas normas de interesse público, inerentes ao sistema jurídico nacional. Eis aqui outra expressão da função social dos contratos, tanto na faceta interna quanto externa. Isso porque uma cláusula que é prejudicial às partes também pode ser, de forma indireta, prejudicial a toda sociedade. A função social do contrato atual tende a proteger as classes desfavorecidas não com um discurso populista, mas sim humanista e personalista, de valorização da pessoa humana como centro do Direito Privado. Evitar o abuso e injustiças sociais.

O princípio da função social diz que o contrato não afetará apenas as partes envolvidas, mas toda a sociedade, tendo uma função exógena.

Com o princípio da função social percebe-se que deve analisar conjuntamente a sociedade e o direito, e não apenas o direito isoladamente. A função social também não atua isoladamente, mas também agregada à função econômica, formando assim o contrato.

Para Theodoro Júnior (2008, p. 115-117):

Nessa nova contextualização, todavia, não se pode olvidar a imperiosidade de se examinar o direito contratual à vista dos dados econômicos, já que o contrato nada mais é do que o instrumento de juridicização dos comportamentos e das relações humanas no campo das atividades econômicas, isto é, das atividades de circulação de riqueza. A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica [...] Assegurada esta função sócio-econômica, pode-se cogitar de sua disciplina e limitação. Não se pode, contudo, a pretexto de regular a função natural, impedi-la. A função social é um *plus* que se acrescenta à função econômica. Não poderá jamais ocupar o lugar da função econômica no domínio do contrato. Contrato sem função econômica simplesmente não é contrato. O contrato pode ser invalidado por ofensa aos limites da função social.

É acertado o posicionamento do autor supracitado, pois não existe função social dissociada da função econômica, que visa a circulação de riqueza. Essas duas funções são essenciais para o contrato, sendo que uma função não substitui a outra, e no caso de contrato sem função social ou sem função econômica o mesmo será invalidado.

Segundo Farias e Rosenvald (2012a, p. 155-156):

A aplicação da norma familiarista tem de estar sintonizada com o tom garantista e solidário da Constituição Federal, garantindo a *funcionalidade* de seus institutos. É o que pode se chamar de *função social da família*... É lícito asseverar que a família é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se

tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros.

A função social da família visa à proteção da família diante da sociedade em detrimento da vontade individual.

Segundo Gama e Guerra (2007 *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2012a, p. 155):

Os institutos do Direito das Famílias como um todo (casamento, união estável, parentesco, alimentos etc.) “devem observar uma determinada finalidade, sob pena de perderem a sua razão de ser. Assim, deve-se buscar, nos princípios constitucionais, o que almejou o constituinte para a família, de forma a bem entender a sua normatização”.

Logo, o instituto da união estável deve respeitar a função social da família, privilegiando a família, que é o instituto protegido especialmente pelo Estado em detrimento do interesse individual.

O artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil é de extrema importância: "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Logo, tendo em vista que as normas de direito de família são normas públicas, qualquer contrato que não cumpra essas normas será nulo por violar preceitos de ordem pública, devendo também respeitar a função social do contrato.

3.3.6 Boa-Fé

O contratos eram, em sua maioria, na forma verbal e a palavra empenhada era cumprida fielmente. Não era necessário um documento escrito para obrigar os contratantes, pois a relação era pautada na confiança e na fidelidade. Porém com o tempo, viu-se a necessidade dos pactos e contratos serem escritos para garantir uma maior segurança jurídica.

A boa-fé no Direito Romano era vista como um comportamento honesto e baseado na fidelidade, o chamado *iudicia bonae fidei*. Após o período clássico, a boa-fé passou a ser classificada como cláusula geral do direito, tendo sua importância pré-processual, processual e pós-processual. A análise do artigo 422 do Código Civil

Brasileiro relata que os contratantes devem observar o dever de boa-fé antes e durante a execução contratual.

O princípio da boa-fé se divide em duas vertentes: a subjetiva e a objetiva. Segundo Farias e Rosenvald (2012b, p. 165):

A boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. O contrário da boa-fé subjetiva é a má-fé; já o agir humano despidido de lealdade e correção é apenas qualificado como carecedor de boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva diz respeito a um estado psicológico, no qual o indivíduo pensa possuir o direito, quando na verdade apenas aparenta. O oposto da boa-fé subjetiva é a má-fé. A boa-fé objetiva diz respeito a um comportamento; a uma conduta do sujeito.

Logo, a boa-fé objetiva é caracterizada por uma conduta pautada na confiança, lealdade e probidade, podendo ser extraída nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil. Já a boa-fé subjetiva está presente nos artigos 1.201, 1.214 e 1.219 do CC.

Para Farias e Rosenvald (2012b, p. 164-165, 170):

A boa-fé objetiva pressupõe: a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bonus pater familias*; c) reunião de condições suficiente para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado. [...]

A profícua sistematização da boa-fé requer sua divisão em três setores operativos aptos a expor a sua multifuncionalidade: a) função interpretativa; b) função integrativa; c) função de controle.

No que diz respeito à função interpretativa, a boa-fé é utilizada como interpretação dos negócios jurídicos. Em relação à função integrativa no caso de vazio legislativo, aplica-se a boa-fé. E também terá função de controle, nos casos para impedir o abuso de direito.

Para Martins-Costa (2000, p. 427-428, 437-457) as três funções da boa-fé objetiva são de:

Cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. [...] atua aí a boa-fé como *kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes

[...] se alocam certos deveres de prestação, os quais se subdividem nos chamados *deveres principais*, ou *deveres primários de prestação*; [...] os *deveres secundários*, por sua vez, subdividem-se em [...] *deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal* [...] e *deveres secundários com prestação autônoma* [...] os *deveres instrumentais*, ou *laterais*, ou *deveres acessórios de conduta*, *deveres de conduta*, *deveres de proteção* ou *deveres de tutela*.

[...] apresenta boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida.

A primeira função diz respeito a interpretar o sentido e alcance da norma e utilizar o princípio da boa-fé para o preenchimento de lacunas jurídicas, segundo Enunciado 26 da IV Jornada de Direito Civil que diz: "Art. 422 NCC: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes". A segunda função diz respeito aos deveres de conduta da boa-fé, que segundo o Enunciado 24 da IV Jornada de Direito Civil: "Art. 422 NCC: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 no Novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa", enquanto, a terceira função visa impedir o abuso de direito.

Segundo Gonçalves (2009a, p. 106): "A boa-fé objetiva também tem importante função criadora de deveres anexos ou de proteção, derivados da força normativa da boa-fé objetiva, como a) lealdade e confiança recíprocas; b) assistência; c) informação; d) sigilo ou confidencialidade".

Esses deveres não são expressos. Porém, percebidos através da análise da boa-fé, devendo seguir um padrão de conduta e lealdade.

Além disso, temos também os exemplos de abuso de direito como: *supressio*, *surrectio*, *tu quoque* e *a venire contra factum proprium*.

Segundo Tartuce (2007, p. 203-205):

A *supressio*, esta significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito, pelo seu não-exercício com o passar dos tempos. Desse modo, ao mesmo tempo em que o credor perde um direito, por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio*, direito este que não existe juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. Já a máxima *tu quoque* significa que um contratante que violou uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada pelo desrespeito. E a vedação do *venire contra factum proprium*, determinada pessoa não

pode exercer um direito próprio, contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantidos a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé depositados quando da formação do contrato.

A *supressio* é a retirada de um direito por não exercer com o tempo. A *surrectio* é o oposto, sendo o surgimento de um direito pelo não exercício do tempo pelo devedor. O *tu quoque* diz que para voltar ao *status quo ante* da violação da norma jurídica, deve ser caracterizado o abuso de direito. E a proibição do *venire contra factum proprium*, que é a vedação do comportamento contraditório, segundo Enunciado 362, da IV Jornada de Direito Civil que diz que: "Art. 422 NCC: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil".

Além dessas modalidades acima expostas, tem-se também que "Um contrato que traz em seu conteúdo o referido abuso tem um objeto ilícito, havendo também fraude a lei imperativa" (TARTUCE, 2007, p. 228):

Logo, o abuso de direito viola o princípio da boa-fé objetiva e torna o contrato nulo, eivado de vício insanável.

4 CONTRATO DE NAMORO

Este capítulo tratará do contrato de namoro e todos os seus questionamentos, seja quanto a sua finalidade, aos planos da existência, validade e eficácia, diferenciando-o do contrato de convivência e também relacionando-o também com o princípio da autonomia privada e com a publicização do direito civil.

O contrato de namoro é um tema de extrema relevância nos dias atuais, pois envolve todo o instituto da união estável e da teoria contratual e seus planos que são o da existência, validade e eficácia.

Diante das inúmeras demandas judiciais e extrajudiciais em relação ao reconhecimento de diversas uniões estáveis, surge o temor e a insegurança quanto aos relacionamentos afetivos. O reconhecimento como união estável gera direito a alimentos, sucessão, partilha e diversos outros efeitos jurídicos já tratados no tópico referente à união estável.

Devido a esses relacionamentos íntimos estarem muito parecidos com os requisitos para configuração da união estável, surgem dúvidas para o estabelecimento do que é um namoro ou união estável. Como visto no tópico em relação à união estável, esse ponto diferencial é uma linha tênue, caracterizada pelo aspecto subjetivo, qual seja o intuito de constituir família.

Tendo em vista que a sociedade atual é uma sociedade capitalista e preocupada com o patrimônio, as pessoas começaram a buscar meios que permitissem a não caracterização de seus relacionamentos afetivos como união estável. Daí, o surgimento dos "contratos de intenções recíprocas" ou contratos de namoro.

4.1 O AMOR LÍQUIDO

Para melhor compreensão do contrato de namoro, deve-se adentrar primeiramente no conceito de amor líquido do polonês Zigmunt Bauman e observar a sociedade atual denominada também de sociedade líquido-moderna.

Para Bauman (2007, p. 7):

A 'vida líquida' é uma forma de vida que tende a ser levada à frente numa sociedade líquido-moderna. 'Líquido-moderna' é uma sociedade e que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. A liquidez da vida e da sociedade se alimentam e se revigoram mutuamente. A vida líquida, assim como a sociedade líquido-moderna, não pode manter a forma ou permanecer em seu curso por muito tempo.

O termo líquido é utilizado para demonstrar que a sociedade está volátil, suscetível a mudanças, não havendo modelos sólidos, nem dimensões concretas, pois o líquido se caracteriza por sua fluidez e capacidade de alteração constante.

Para Xavier (2011, p. 43)

É de extrema importância para o entendimento dos relacionamentos afetivos atuais e a sua relação com diversos outros fatores concomitantes. Os fatores concomitantes que influenciam toda a tese do amor líquido são as novas relações de consumo, as novas relações de trabalho, a desconfiança e insegurança das relações sociais e afetivas.

As novas relações de consumo e de trabalho, a desconfiança e insegurança das relações geraram consequências visíveis no comportamento humano na vida amorosa e afetiva.

Para Bauman (2008 *apud* XAVIER, 2011):

A sociedade líquido-moderna tem como característica a sociedade de consumo, que é baseada na noção do *Carpe diem*, que é aproveitar o agora, sem deixar para depois, e também na noção de curto prazo, na qual deve-se comprar o produto agora, no momento, e não postergando a sua compra, pois se não geraria uma sensação de fraqueza e infelicidade. Diante do consumo desenfreado, surge a noção da descartabilidade e do aumento crescente do lixo. Os bens se tornam descartáveis, e substituídos facilmente por outros mais modernos e recentes. Com a crescente descartabilidade ocorre o aumento do lixo, que é o que não presta. No que diz respeito às relações de trabalho, os empregos estão cada vez mais temporários, e a relação entre empregado e empregador está cada vez mais pautada na impessoalidade e na busca da produção desenfreada, havendo assim vínculos frágeis, líquidos e instáveis. Não é a toa que o número de desemprego tem subido crescentemente e as relações de trabalho tem durado cada vez menos. Outro grande e grave problema atual é a desconfiança das relações sociais. Percebe-se que o indivíduo cada vez mais visa o seu bem estar individual independente do outro, gerando relações frágeis e aparentes. Sempre pensando no individual em detrimento do social.

Todos esses fatores irão se relacionar com as relações sociais e os relacionamentos amorosos.

Conforme Xavier (2011, p. 19):

As relações sociais viram sinônimo de ligações frouxas, compromissos que são revogáveis a qualquer tempo. Os relacionamentos amorosos, em especial, são tomados por uma grande ambivalência inconciliável: o desejo de ter um vínculo forte, intenso, porém extinguível sem deixar qualquer vestígios(quando se queira).

Percebe-se a instabilidade dos relacionamentos que podem ser desfeitos a qualquer hora e ao mesmo tempo o desejo de formar uma ligação mais íntima e segura.

Para Bauman (2004 *apud* XAVIER, 2011, p. 49): "A principal característica do amor líquido vem a ser a ambiguidade surgida entre os dois anseios que dificilmente serão satisfeitos concomitantemente: pertencimento e individualidade".

O indivíduo ao mesmo tempo deseja liberdade e cumplicidade do parceiro, surgindo muitas indagações diante dessa contradição entre liberdade e obrigação.

A ideia do consumismo compara as pessoas a objetos, e ao se perceber a existência de uma outra pessoa com mais atributos, descarta-se a anterior como se fosse um mero objeto; lixo.

Para Zigmunt Bauman (2004 *apud* XAVIER, 2011, p. 45-46):

Consideradas defeituosas ou não 'plenamente satisfatórias', as mercadorias podem ser trocadas por outras, as quais se espera que agradem mais, mesmo que não haja um serviço de atendimento ao cliente e que a transação não inclua a garantia de devolução do dinheiro. Mas, ainda que cumpram o que delas se espera, não se imagina que permaneçam em uso por muito tempo. Afinal, automóveis, computadores ou telefones celulares perfeitamente usáveis, em bom estado e em condições de funcionamento satisfatórias são considerados sem remorso, como um monte de lixo no instante em que 'novas e aperfeiçoadas versões' aparecem nas lojas e se tornam o assunto do momento. Alguma razão para que as parcerias sejam consideradas uma exceção à regra?

As pessoas têm sido vistas como objetos descartáveis, diante do consumismo e do surgimento de novas mercadorias mais modernas.

Com isso, as pessoas começaram a criar relações frágeis, instáveis e convenientes, tais como o ficar, os namoricos, deixando o modelo anterior sólido baseado no casamento.

Conforme Xavier (2011, p. 52):

Em síntese, pode-se dizer que os laços humanos atuais são marcados, em regra pela fluidez exacerbada, uma incerteza constante, que produz vínculos afetivos frágeis. Com isso, o relacionamento passa a ser encarado

de maneira puramente utilitarista, de acordo com a lógica do consumo e do conseqüente descarte.

Diante desse cenário, surgem os contratos de namoro devido ao medo de que os relacionamentos amorosos sejam configurados como união estável, tendo como consequência a comunicação de bens e todos direitos e deveres inerentes à união estável.

4.2 CONCEITO E FINALIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

O contrato de namoro pode ser definido como um negócio jurídico bilateral, em que duas pessoas, que não tem a intenção de constituir família, manifestam a vontade de não reconhecer a união estável, desejando afastar a incidência das normas cogentes da união convivencial.

Para Tavares da Silva (2004c, p. 1): "o contrato é um ato que cria, altera, modifica e extingue direitos e obrigações. Porém, está limitado às normas de ordem pública por força constitucional".

Esses contratos de namoro irão disciplinar cláusulas que constatem que o relacionamento em vigor é um mero namoro, não constituindo união estável, portanto não gerando consequências patrimoniais e jurídicas.

No contrato de namoro (ANEXOS I e II), percebe-se que poderá ser registrado em cartório por instrumento público ou privado e deverá estar expresso que o casal não está enquadrado numa união estável, logo não tendo direitos advindos deste tipo de entidade familiar. Deve-se afirmar também que o contrato de namoro não altera a realidade dos fatos, colocando a data do início de namoro e estipulando um prazo para renovação do contrato.

Não é fácil a missão de conversar com os contratantes que o relacionamento íntimo se trata de mero namoro, portanto sendo caracterizado pela ausência de comprometimento e a incomunicabilidade do patrimônio. Muitos contratos de namoro acabam por desaguar um verdadeiro fim do relacionamento afetivo, pois o namoro normalmente, é uma etapa anterior a uma futura união estável ou casamento, embora hoje esse pensamento não mais permaneça de igual forma.

O contrato de namoro vem à tona diante da insegurança que o instituto da união estável trouxe atualmente diante dos requisitos para seu reconhecimento, pois, em geral, são muito subjetivos, dependendo do caso concreto. Antigamente os requisitos eram mais objetivos, havendo a questão do prazo e também da prole em comum. Considera-se a extinção desses requisitos um progresso, pois o afeto não se mede pelo tempo, mas pela intensidade do sentimento, e porque a prole em comum não é suficiente para caracterizar uma união estável, pois, pode ter sido fruto de um relacionamento íntimo efêmero.

A Lei nº 8.971/94 exigia o prazo de convivência superior a cinco anos e prole comum, já a Lei nº 9.278/96 reformou a lei anterior estipulando como conceito de união estável a convivência entre um homem e uma mulher de forma pública e duradoura com intuito de constituir família.

Esses contratos começaram a virar moda nos escritórios de advocacia e visam impedir a caracterização da união estável, ou seja, sua finalidade é impedir os efeitos da união convivencial, através da constatação que se trata apenas de um namoro, não havendo desdobramentos patrimoniais, portanto, não envolvendo partilha, meação, alimentos e sucessão.

Muitas pessoas começaram a fazer um "pacto de convivência" que é uma declaração de vontade no qual relatam que o relacionamento está na fase atual de namoro e que caso evolua, preenchendo os requisitos da união estável, o regime de bens disciplinado será o de separação total de bens, pois, segundo o Código Civil, artigo 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", ou seja, no silêncio das partes, caberá o regime de comunhão parcial de bens.

Normalmente, busca-se o reconhecimento da união estável quando a união convivencial tem fim, em busca de todos os direitos e benefícios advindos da entidade familiar denominada união estável, logo após o término da relação ninguém fará um contrato de convivência com regime de separação total de bens. Porém, não podemos confundir o contrato de namoro com o contrato de convivência.

4.3 CONTRATO DE NAMORO X CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

O contrato de namoro não pode ser confundido com o contrato de convivência. Este visa disciplinar o regime de bens da união estável, tratando sobre todos os efeitos jurídicos, dentre eles a partilha, sucessão, alimentos e meação. Enquanto aquele será um contrato que tem finalidade de não reconhecer a união estável, ou seja, não decorrer efeitos jurídicos.

O contrato de convivência existe há mais tempo que o contrato de namoro e é semelhante ao pacto antenupcial do casamento. Enquanto no casamento, o regime de bens é escolhido no pacto antenupcial, na união estável é através do contrato de convivência, podendo ser disciplinados os mesmo regimes de bens do casamento. E caso ocorra o silêncio dos amantes, será atribuído o regime de comunhão parcial de bens. Já o contrato de namoro visa que não haja regime de bens, pois não reconhece a união estável, nem direitos e obrigações.

Pena Junior diverge do pensamento acima ao ver o contrato de namoro com uma espécie de pacto antenupcial (2008, p. 164):

para o chamado contrato de namoro, uma espécie de pacto antenupcial, onde se procura assegurar aos namorados que essa relação afetiva não os colocará na condição de companheiros, e que, por isso mesmo, os efeitos patrimoniais que emergem da união estável não incidirão sobre eles. O contrato visa proteger de alguma surpresa, quando do fim do relacionamento, uma vez que tem muita gente querendo fazer do namoro, um bom negócio, ao tentar transformá-lo em união estável, a fim de obter vantagens patrimoniais e financeiras.

O contrato de namoro não é um pacto antenupcial, tendo em vista que não tratara de regime de bens, mas sim na exclusão de toda e qualquer comunicação dos bens, também não existindo direito a alimentos, meação, herança e direito real de habitação.

O contrato convivencial não constitui a união estável, mas é pressuposto de eficácia, pois empresta eficácia a união estável. Enquanto o contrato de namoro, como veremos adiante, poderá servir como meio de prova da etapa da relação amorosa, se versar a realidade fática.

Já que a finalidade do contrato de namoro é afastar os efeitos patrimoniais do relacionamento, por que não realizar um contrato de convivência sob o regime de

separação convencional de bens? O contrato de convivência é pressuposto de eficácia, logo se não existir união estável será ineficaz. Portanto, é ineficaz celebrar um contrato de convivência sob regime de separação de bens, quando não há união estável. Porém, se posteriormente são caracterizados os requisitos da união estável, haverá eficácia, tendo direito a alimentos, herança, meação e direito real de habitação.

4.4 CONTRATO DE NAMORO X UNIÃO ESTÁVEL

O contrato de namoro é um tema de grande relevância, pois a partir dele surgem diversos questionamentos em relação à união estável e a sua caracterização. Para uma melhor compreensão do contrato de namoro deveremos revisitar o conceito de união estável.

Segundo o artigo 1.723 do Código Civil: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

É exatamente neste último ponto que o contrato de namoro toca, qual seja, o intuito de constituir família, pois o contrato de namoro visa não reconhecer a união estável, através da manifestação de vontade das partes demonstrando que se trata de um mero namoro. A diferença entre o namoro e a união estável ainda continua muito tênue, sendo o aspecto subjetivo, ou seja, o intuito de constituir família.

Logo, o contrato de namoro está umbilicalmente relacionado com o instituto da união estável, e dela é importante a noção das características e provas para sua constituição da mesma.

4.5 EXISTÊNCIA

Surge então diversos questionamentos e posições quanto ao contrato de namoro e a sua repercussão jurídica em relação aos planos de existência, validade e eficácia.

Para melhor compreensão do tópico deve-se revisitar os pressupostos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos.

O plano da existência é caracterizado pelos elementos mínimos e essenciais para constituição do negócio jurídico e tem como elementos: agente, objeto, forma e manifestação de vontade.

Não restam dúvidas de que existem agentes envolvidos no negócio jurídico, sendo duas pessoas que manifestam sua vontade para a produção de efeitos jurídicos. Em relação ao objeto, esse existe, pois tratará do namoro, como objetivo de não caracterizar a união estável. Possui forma e a manifestação de vontade está implícita em todo negócio jurídico, não havendo questionamentos maiores quanto à existência do contrato de namoro.

Porém, Dias (2009, p. 182) considera "o contrato de namoro inexistente e ineficaz diante do ordenamento pátrio-jurídico".

Não é possível fazer um contrato para disciplinar a incomunicabilidade patrimonial futura no começo de um relacionamento, entretanto, permite-se uma declaração do patrimônio presente e passado.

4.6 VALIDADE

Já o plano da validade é caracterizado pela adjetivação dos elementos do plano da existência e tem como pressupostos de validade: agente capaz e legítimo - a legitimidade não está no artigo 104, CC, sendo entendimento doutrinário - objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei e manifestação de vontade livre, de boa-fé e desembaraçada. O último pressuposto não está no artigo 104 do Código Civil, mas pode ser interpretado implicitamente.

Em relação à capacidade e legitimidade, vê-se que os envolvidos, via de regra, tem capacidade, pois segundo o artigo 1º do Código Civil: "Toda pessoa é capaz de direitos de deveres na ordem civil", sendo portanto uma capacidade geral. Em relação a legitimidade, Tartuce (2011, p. 66) diz que: "É a capacidade processual, uma das condições da ação (art. 3º, do CPC) ", ou seja, é uma capacidade específica, logo os amantes tem a legitimidade de ser parte.

Já em relação ao objeto, surge o questionamento de Gagliano (2005, p. 1-2), ao afirmar que o contrato de namoro é nulo, pela impossibilidade jurídica do objeto.

É uma tese forçada, e pode ser combatida ao afirmar que a lei não proíbe esse tipo de contrato e que o objeto é possível juridicamente sim, pois o objeto no contrato de namoro é o não reconhecimento da união estável.

Gagliano (2005, p. 1-2) continua afirmando que :

não se poderia reconhecer a validade a um contrato que pretendesse afastar o reconhecimento da união, cuja regulamentação é feita por normas cogentes, de ordem pública, indisponíveis pela simples vontade das partes... O que é possível, sim é a celebração de um contrato que regule aspectos patrimoniais da união estável –como o direito a alimentos ou à partilha de bens-, não sendo lícita, outrossim a declaração que, simplesmente, descaracterize a relação concubinária, em detrimento da realidade.

O contrato de namoro será nulo, pois a regulamentação da união estável é feita por normas imperativas, devendo atentar a realidade, pois uma declaração não pode sobrepor a realidade, descaracterizando a união estável.

Segundo Fonseca (2007, p. 65):

O contrato pode até existir, mas é completamente desprovido de validade jurídica. Será inócuo. Um contrato não tem condão de desfazer a realidade e a união estável se dá no plano fático. A união estável é um fato da vida. Constitui-se durante todo o tempo em que os envolvidos se portam como se casados fossem. O que não é lícito é querer que uma mera declaração, em detrimento da realidade, descaracterize uma união estável. Na prática, se a situação for de falso namoro, o contrato funcionará como prova em contrário para aquele que dele tentar se valer para afastar o reconhecimento da união estável.

A autora acima possui um pensamento muito parecido com ao de Gagliano, pois reconhece que o contrato de namoro é nulo, pois não pode se sobrepor a realidade, tendo em vista que a união estável é um fato da vida tutelado pelo direito. E ainda mais, esse contrato servirá como contra prova se tentar afastar a união estável.

No que diz respeito, a determinabilidade, vê-se que o contrato de namoro tem objeto determinado e específico, não restando dúvidas.

Em posicionamento acertado, Tartuce, Simão e Lagrasta Neto (2012, p. 313):

Existindo entre os envolvidos uma união estável, conforme outrora manifestado, posiciono-me pela nulidade do contrato de namoro, por afrontar às normas existenciais e de ordem pública relativas a união estável, notadamente por desrespeito ao art. 226, parágrafo 3, da Constituição

Federal. Como fundamento legal ainda pode ser citado o artigo 166, inciso VI, do Código Civil, pelo qual é nulo o negócio jurídico quando houver intuito das partes à fraude a lei imperativa. *In casu*, a lei imperativa é aquela que aponta os requisitos para existência de uma união estável, categoria que tem especial proteção do Estado, Subsidiariamente, serve como argumento a função social do contrato que, em sua eficácia interna, deve ser utilizada para a proteção da dignidade da pessoa humana nas relações contratuais (art. 421 do CC/2002).

O contrato de namoro é contrário à ordem pública e à função social do contrato.

As hipóteses de nulidade e anulabilidade do negócio jurídico estão elencadas nos artigos 166, 167 e 171 do Código Civil. Os artigos 166 e 167 do CC dizem que são nulos os negócios jurídicos quando celebrados por pessoas absolutamente incapazes; for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver objetivo de fraudar a lei imperativa; a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, se cominar sanção; no caso de simulação.

Serão anuláveis os negócios jurídicos por incapacidade relativa do agente e por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo; lesão e fraude contra credores.

De acordo com a forma prescrita e não defesa em lei, não gera questionamentos maiores, tendo em vista que a forma deste contrato é informal, e não proibida em lei, portanto preenchendo esse requisito.

Segundo o claro entendimento de Saraiva ([200-?], p. 32):

O artigo 11.º do NCCB relativo aos direitos de personalidade estipula a sua irrenunciabilidade e transmissibilidade, não podendo o seu exercício sofrer limitações voluntárias. Ora, o contrato de namoro pretende afastar os efeitos decorrentes da união estável, sendo, portanto, nulo por fraude à lei imperativa nos termos do artigo 166.º, inc. VI do NCCB. Com efeito, a regulação da união estável é feita por normas cogentes de ordem pública e, por isso, indisponíveis pela simples vontade das partes.

Vê-se que o contrato de namoro é nulo por fraudar a lei imperativa, tendo em vista que as normas que regulam a união estável são de ordem pública.

Com o mesmo entendimento acertado, Jucá (2012, p. 18):

A doutrina civilista contemporânea adotada a mesma visão do magistrado Des. Luiz Felipe Brasil Santos, proc. nº 70000635287, data de julgamento 16.06.2004, sob três argumentos: 1) A união estável envolve direitos

existenciais de personalidade, que não podem ser renunciados. Ademais o próprio Código Civil consagra a irrenunciabilidade dos alimentos, conforme previsto no artigo 1707; 2) São normas de ordem pública que irão apontar, dependendo da análise pelo aplicador, a configuração ou não da entidade familiar, que constitui um fato jurídico e social. Logo, há no "contrato de namoro" uma fraude à lei imperativa, causa de nulidade absoluta, conforme prevê o artigo 166, VI, do CC; 3) A autonomia privada (antiga autonomia da vontade) manifestada em um contrato encontra limitações nas normas de ordem pública e nos preceitos relacionados com a dignidade da pessoa humana, melhor expressão do princípio da função social do contrato. Essa conclusão pode ser percebida pelo teor do Enunciado nº 23, do CJP/STJ da I Jornada de Direito Civil. A proteção dos direitos da personalidade em rede contratual constitui um dos aspectos da eficácia interna da função social dos contratos, entre as partes contratantes. Outro enunciado, de nº 360, aprovado na X Jornada de Direito Civil, reconhece a eficácia interna do novo princípio contratual.

Diante disso compreende-se que a união estável envolve direitos da personalidade que são irrenunciáveis, e que o contrato de namoro fraudava a lei imperativa, pelas normas imperativas serem indisponíveis pela vontade das partes e que a autonomia privada é limitada por essas normas, encontrando respaldo no princípio da função social do contrato.

Para Cruz (2009, p. 1-2):

Esse contrato ao meu ver é nulo. Não se pode permitir, prevalecer a fraude em detrimento da boa-fé objetiva. O negócio pretendido, "contrato de namoro", objetiva unicamente conferir vantagens (geralmente ao detentor de maior patrimônio), em ofensa aos alicerces do direito de família e da dignidade da pessoa humana. Na minha ótica pessoal, o contrato é nulo de pleno direito, nos termos do artigo 166, inciso VI do Código Civil.

A respectiva autora possui o mesmo entendimento no que se refere ao contrato de namoro, qual seja, fraude à lei imperativa.

No que diz respeito, a manifestação livre, de boa-fé e desimpedida, é um pressuposto de extrema relevância, sendo essencial para a validade do negócio jurídico, podendo ser a vontade expressa, tácita ou implícita, no caso em questão é expressa.

4.7 EFICÁCIA

No plano da eficácia podem existir ou não os fatores que geram efeitos jurídicos como a condição, encargo e termo. Portanto, o contrato de namoro existe, é inválido, e analisaremos agora a questão eficaz.

Conforme Farias e Rosenvald (2012a, p. 382-383):

Pois bem, conquanto seja absolutamente possível a celebração de um contrato de namoro (porque a lei não exige forma prescrita em lei e porque o objeto não é ilícito), não conseguirão as partes impedir a eventual caracterização de uma união estável cuja configuração decorre de elementos fáticos, não podendo ser bloqueada por um negócio jurídico... Enfim, é válido, mas inidôneo para o fim desejado... o objetivo de um contrato de namoro (pretendendo frustrar as etapas naturais desse verdadeiro ritual de passagem que é a relação afetiva) é de se afirmar que quem celebra esse negócio jurídico não quer namorar.

Logo, o contrato de namoro é ineficaz, pois não tem condão de afastar o reconhecimento da união estável que é regida por normas cogentes, indisponíveis pela vontade das partes.

Relevante lembrar o posicionamento de Lôbo (2008, p.152)

A natureza jurídica da união estável é de ato-fato jurídico, sendo, portanto, desnecessário qualquer manifestação de vontade para que produza seus efeitos, bastando à configuração fática para a incidência das normas cogentes. Assim, defende ser possível sua existência mesmo diante da manifestação de vontade de uma ou ambas as partes, afirmando a inexistência da união estável, pois, repisa-se não depende de manifestação volitiva declarada.

A união estável é um ato-fato jurídico, logo não passa pelo plano da validade, podendo ser existente e ineficaz ou existente e eficaz. Decorre de elementos fáticos que desdobram em efeitos jurídicos, não dependendo da vontade humana, logo, se preenchidos os requisitos da união estável, não pode um mero contrato descaracterizá-la.

Outro ponto importante diz respeito à relação com o princípio da primazia da realidade. O contrato de namoro preenchendo os requisitos da união convivencial, mesmo com um contrato com manifestação de vontade em contrário de ambas as partes, não excluirá esse reconhecimento, até porque as normas são cogentes e indisponíveis pelas partes.

Conforme o idealizador do princípio da primazia da realidade, Plá Rodrigues (1978, p. 217): "O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos".

Segundo Tavares da Silva (2004c, p. 1):

Assim, a declaração de namoro é ato lícito, perfeitamente válido perante o ordenamento jurídico, desde que seja firmado com a finalidade de refletir em documento escrito a realidade, já que não viola direitos, que não existem nessa relação, não podendo, portanto, causar qualquer dano. Não há ilicitude no pacto, configurando uma declaração de namoro, que pode ser feita por meio de documento público ou particular só possuindo caráter de ilícito quando for usado para afastar regras de Direito de Família.

Porém, se o contrato de namoro tiver a finalidade de relatar a real situação fática, ou seja, declarar o namoro, não seria um contrato, mas sim uma declaração, pois o contrato visa criar, modificar ou extinguir direitos, e sendo namoro, a declaração é existente, válida e ineficaz, e não terá importância alguma, pois o namoro não gera direitos e obrigações, não produzindo efeitos jurídicos.

Conforme Dias (2009, p. 182):

A única possibilidade é os namorados firmarem uma declaração referente à situação de ordem patrimonial presente e pretérita. Mas não há como previamente afirmar a incomunicabilidade futura, principalmente quando segue longo período de vida, no qual são amealhados bens pelo esforço comum. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento pode ser fonte de enriquecimento ilícito. Não se pode olvidar que, mesmo no regime da separação convencional de bens, vem a jurisprudência reconhecendo a comunicabilidade do patrimônio adquirido durante o período de vida em comum.

Logo, essa declaração de namoro será ineficaz, pois será fonte de enriquecimento ilícito, prejudicando uma das partes. Resta claro que a presunção é de namoro, mas quando preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos da união estável essa configurará.

O contrato de namoro não terá força para afastar uma possível união estável, conforme também as normas cogentes e indisponíveis pela vontade humana, e que a união estável é um ato-fato jurídico, não necessitando de nenhuma formalização para caracterizar como união estável.

Figueiredo diz que (2011, p. 234):

É justamente contra essa configuração cogente da união estável, principalmente quando haja manifestação de vontade expressa em contrário, que se contrapõe este *paper*. E a insurgência se dá por dois motivos básicos: a) não há porque falar-se, no caso concreto e em regra geral, na incidência de normas cogentes (publicização) sobre relacionamento afetivos desse tipo; b) quando o contrato expresso em sentido contrário (contrato de namoro), a manifestação de vontade foi plena, não sendo possível, no campo do direito privado, ser afastada, sob pena de uma indevida publicização.

O autor supracitado é contra a aplicação de normas cogentes a união estável, com a tese da autonomia privada das relações familiares. Acredita que havendo uma declaração de vontades para desconfigurar a união estável, aquela será existente, válida e eficaz.

Ao considerar a união estável como ato-fato jurídico fica muito fácil a compreensão dos planos de existência, validade e eficácia e os questionamentos. Uma das características da união estável é a ausência de formalismos, logo para configurar uma união estável não deve haver uma declaração expressa de vontade, pois assim a união estável seria um negócio jurídico, o que não é concebível. Negócio jurídico é o casamento, que tem todos os trâmites formais, já a união estável é um ato-fato jurídico que visa afastar esse formalismo.

Veloso (2009, p.1):

Não vê impedimento na lei para o reconhecimento dos “contratos de namoro”, sendo forma de o casal atestar em documento escrito que está tendo um envolvimento amoroso, um relacionamento afetivo, que se esgota nisso, não havendo o interesse ou vontade de constituir uma entidade familiar, com conseqüências pessoais e patrimoniais inerente a união estável.

Este autor não vê impedimentos legais nos contratos de namoro, e adota o posicionamento que o casal pode através de um contrato afastar o *animus* de constituir família.

Xavier (2011) diz que a união estável é um ato jurídico compósito, como era o entendimento passado até o ano de 2010 de Mello. O ato jurídico compósito necessita de manifestação expressa de vontade, além da convivência pública, contínua e duradoura.

Não deve vigor esse entendimento, pois a união estável é um ato-fato jurídico, antes era um fato ilícito por ser considerado concubinato e depois se tornou situação fática com desdobramentos jurídicos.

Seguindo a tese da natureza jurídica da união estável ser um ato jurídico composto, no caso do falecimento do homem num relacionamento de mais de 40 anos juntos coabitando, pública, contínua e permanentemente, com intuito de constituir família, aparecendo para a sociedade como se marido e mulher fossem, a mulher não teria nenhum direito, pois não havia uma manifestação expressa de vontade. Isso é inaceitável.

Uma mera manifestação de vontade afastando a união convivencial ou a ausência dessa manifestação de vontade para caracterizar a união estável não pode sobrepor a realidade fática. Durante esses 40 anos ocorreu o esforço comum do casal, até mesmo o regime de separação obrigatória de bens tem-se comunicado os bens.

Existem outros meios de se provar que o casal convive de forma pública, contínua e duradoura com *animus* de constituir família. No próprio Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) existe um rol exemplificativo para a caracterização da união estável, como conta conjunta, dependente de imposto de renda, coabitação, mesmo endereço de comprovante de residência em contas de água e luz, entre outros. Além disso, temos também a prova testemunhal.

Não reconhecer um relacionamento afetivo configurado com todos os requisitos da união estável por não existir uma manifestação expressa de vontade é uma violação às normas de ordem pública, à função social do contrato, sendo uma injustiça e uma fonte de enriquecimento ilícito.

Conforme Dias (2009, p. 176):

Não há como previamente afirmar a incomunicabilidade quando, por exemplo, segue-se longo período de vida em comum, no qual são amealhados bens pelo esforço em comum. Nessa circunstância, emprestar eficácia a contrato firmado no início do relacionamento pode ser fonte de enriquecimento ilícito. Para prevenir o mesmo mal, cabe a idéia do mesmo raciocínio no caso do namoro seguido de união estável, negando-se a eficácia contrato prejudicial a um par.

É simples, quem quer fazer um contrato de namoro, normalmente está se enquadrando numa situação de união estável e não quer comunicar os bens e nem assumir as demais consequências jurídicas. Nesses casos, para não ser

enquadrado nas hipóteses de união estável, a solução é não permitir o aprofundamento do relacionamento, bem como, a caracterização dos requisitos da união estável. Pode-se também fazer um contrato de convivência com separação convencional, pois caso caracterizada a união estável, já se disciplinou o regime de bens, e portanto, haverá o direito a alimentos, herança e o direito real de habitação.

4.8 CONTRATO DE NAMORO X AUTONOMIA PRIVADA

A palavra autonomia significa independência, liberdade. Vem do grego: *auto* + *nomos*. Segundo o Dicionário Aurélio (2010, p. 81): "Autonomia é a faculdade de se governar por si mesmo". Ao firmar um contrato tem-se a liberdade de escolher o que contratar, com quem contratar e se deseja contratar ou não.

Antigamente a autonomia da vontade era marcada pela ausência de interferência do Estado. A autonomia tinha a mesma força para criar leis. Com a Revolução Industrial e a produção em série, começaram a se fazer contratos de massa constituídos, na maioria das vezes, com cláusulas abusivas e desumanas, que acabavam por explorar o ser humano. Percebe-se que ao invés de estar veiculada a idéia de liberdade a autonomia da vontade estava mais relacionada à ideia de prisão e escravidão.

Devido a essa amplitude da autonomia da vontade, viu-se a necessidade do Estado intervir na regulação das relações privadas que tinha interesse público relevante, sendo disciplinadas na sua maioria por normas cogentes, indisponível pela vontade das partes. Ocorre, portanto, a modificação do Estado, anteriormente liberal e agora intervencionista. Com a vinda do Estado Social e com a Constituição Cidadã de 1988, o Estado começa a interferir na autonomia privada dos particulares, limitando-a, porém não extinguindo-a.

Segundo Alves (2012, p. 609):

Diante dessas mudanças, o exercício da autonomia privada deixa de ser irrestrito, ficando condicionado a valores sociais ou de respeito a terceiros, como aqueles alhures referidos. Verifica-se, então, que a autonomia privada afasta-se do conceito de autonomia da vontade para se tornar um instituto com maior objetividade, vinculado aos valores mais relevantes do ordenamento jurídico.

Portanto, a autonomia privada está relacionada a valores sociais e constitucionais, quais sejam, função social do contrato, boa-fé objetiva e dignidade da pessoa humana, que são princípios gerais de todo ordenamento jurídico.

Segundo Figueiredo (2011, p. 242):

Os particulares, enquanto sujeitos de direitos individuais da liberdade, da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, possuem o poder de autoregulação, desde que dentro das fronteiras demarcadas pelo legislador. A esse poder de autoregulação, limitado pelo ordenamento jurídico, dá-se o nome de autonomia privada.

A autonomia da vontade é diferente da autonomia privada. A autonomia privada está relacionada a uma liberdade limitada pelo ordenamento jurídico no que diz respeito ao conteúdo das cláusulas contratuais, enquanto que a autonomia da vontade está relacionada ao ideal de liberdade, relacionado à escolha, se quer contratar ou não.

Porém, para Mello e Miranda (2007; 1983 *apud* FIGUEIREDO, 2011, p. 241):

não existe diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada, pois para o primeiro ambos significam um voluntarismo semelhante, sendo um poder de autoregulação. Para o segundo autor, tanto a autonomia privada quanto a autonomia da vontade seriam um autoregramento da vontade, sendo aplicável em todos ramos do direito.

O posicionamento mais acertado é que existe diferença entre os conceitos abordados, sendo autonomia da vontade uma coisa e autonomia privada outra, apesar do pensamento dos autores citados acima.

Um dos princípios vetores do direito contratual é o princípio da autonomia da vontade. Desde os primórdios, esse princípio mostrou-se presente nos contratos, porém teve uma grande modificação em relação a sua extensão e aplicabilidade.

O princípio da autonomia da vontade era visto no sentido amplo, na autonomia plena e absoluta. Porém com a evolução histórica e sociológica, percebe-se que essa autonomia não é mais absoluta, sofrendo limitações, sendo denominada de autonomia privada.

Conforme entendimento de Farias e Rosenvald (2012b, p. 62-63):

o elemento volitivo, fruto da autonomia da vontade e da autonomia privada, marca registrada do negócio jurídico, não mais assume caráter absoluto, sofrendo, sempre, as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública, notadamente constitucionais, por força da proteção destinada à pessoa humana, realçando sua necessária dignidade (CF/88, art 1,III). É que a personalidade humana deve estar sempre, sublinhada

como valor jurídico insusceptível de redução a situações-tipo, sendo mister sua proteção eficaz e efetiva, nas múltiplas e renovadas circunstâncias em que se encontre.

Essas limitações vêm acontecendo devido à constitucionalização do direito público e a consequente utilização de normas cogentes, inderrogáveis pela vontade das partes, na seara civil, e no caso em questão, no direito das famílias. E também existem limitações advindas da moral e da lei, como já abordado no capítulo referente ao princípio da autonomia da vontade. Questiona-se então qual o alcance da autonomia privada, que antes era absoluta, e atualmente é relativa.

Para Miranda (1947 *apud* GONÇALVES, 2013, p. 26): "A grande maioria dos preceitos de direitos de família é composta de *normas cogentes*. Só excepcionalmente, em matéria de regime de bens, o Código Civil deixa a margem à *autonomia privada*".

Logo, só se aplicando normas dispositivas, que decorrem da autonomia privada, no caso de regime de bens.

Em relação à atuação da autonomia privada no direito das famílias, conforme Alves (2012) deverá ocorrer a intervenção mínima do Estado no direito de família, privilegiando assim, a autonomia privada nas relações familiares.

O princípio da intervenção mínima do Estado ganha corpo a partir de sua consagração expressa no Código Civil de 2002, mais precisamente no artigo 1.513. [...] o Estado somente deveria intervir no âmbito familiar para efetivar a promoção pessoal de cada um dos seus membros. Em outras palavras, o Estado apenas deve utilizar-se do Direito de Família quando as suas normas implicarem uma verdadeira melhoria na situação pessoal dos componentes da família [...] emprestando termo [...] no Direito Penal, Direito Penal Mínimo [...] aqui debatida, alcunha-se esse novo Direito de Família como Direito de Família Mínimo. (ALVES, 2012, p. 610)

Nos contratos de namoro, o Estado deve intervir para melhorar a situação pessoal dos componentes da família, pois caso não interviesse estaria havendo um desequilíbrio na relação contratual gerando uma fonte de enriquecimento ilícito. A situação dos envolvidos irá melhorar, pois ao invalidar e tirar eficácia desse contrato, poderá caracterizar a união estável com todos os direitos e deveres inerentes ao instituto da união estável, como: direito à alimentos, herança, meação e direito real de habitação.

Para Leite (2006) "a autonomia privada é limitada, devido ao direito de família ser regulado por normas de ordem cogente, inderrogáveis pelas vontades das partes".

Segundo o mesmo (2006, p. 36) :

Trata-se de ramo do direito civil regido, em sua quase totalidade, por normas cogentes, com vistas a impedir abusos cometidos por particulares, em nome de interesses individualistas (com base na autonomia da vontade), pondo em risco o equilíbrio da família que, por consequência, colocaria em xeque a harmonia social. Não é o caso, evidentemente, da exclusão do direito de família do âmbito do direito privado, mas trata-se, apenas, de uma postura mais intervencionista do Estado, no sentido de coibir a violação de certos preceitos que importam à ordem pública, dada a nítida função social do núcleo familiar.

Logo, não restam dúvidas, que o Estado deve intervir no direito de família para impedir a prática de medidas abusivas, como é o caso do contrato de namoro que visa o interesse individual, colocando em risco a entidade familiar.

4.9 NAMORO X SOCIEDADE DE FATO

Namoro para o Dicionário Aurélio (2010, p. 525), significa: "ato de namorar; relação de interesse amoroso recíproco", logo percebe-se que o namoro está no campo subjetivo, no campo sentimental e afetivo.

Segundo Pinheiro (2012): o namoro deve ser observado conforme a visão cultural da época e lugar estudado. Antigamente, devido a grande influência do Cristianismo, não existe a presença da figura do namoro na bíblia.

O namoro sempre está de acordo com a realidade e com a cultura, porém sofreu uma evolução histórica conforme apresentado abaixo.

Segundo Vila (2012, p. 1-2)

Com a influência do período do Romantismo na literatura no final do século XVIII, surge a idéia do amor platônico, do amor espiritual, havendo um repúdio ao amor carnal, marcando esse período pelo subjetivismo, pela emoção, afastando o racionalismo e o objetivismo. Surge posteriormente, o namoro "na porta de casa", no qual o namorado não poderia entrar na casa da amada, e sempre existia alguém da família fiscalizando, isso tudo devido ao pensamento extremamente carregado de religiosidade da Igreja Católica. Com o tempo, os namoros foram se modernizando, e só na década de 50 (cinquenta), os namorados começaram a adentrar aos lares familiares da namorada, porém com a presença dos pais dela ou de algum maior de idade, como forma de controle. Com o advento do feminismo, a propagação do vírus HIV e dos diversos métodos anticoncepcionais, as mulheres

começaram a ter uma liberdade maior para expressar os sentimentos carnis, o desejo e a defender ideais com um menor repúdio social.

O namoro mudou muito do período do Romantismo até os tempos atuais. Não era permitido entrar na casa, sem supervisão do pai ou outro maior. Com advento do feminismo e dos métodos anticoncepcionais, os namorados passaram se relacionar mais livremente.

Os namorados começam a realizar viagens juntas, a frequentar a casa do outro sem a necessidade de alguém supervisionando. Os namoros modificaram-se muito. Percebe-se que hoje em dia, existe uma liberdade e uma comodidade muito grande e normalmente os namorados têm uma vida conjunta, dividindo despesas, pernoitando juntos, namorando há muito tempo publicamente, existindo um liame muito tênue entre o namoro e a união estável.

O namoro foi sofrendo bruscas alterações ao longo dos anos, devido à modernidade e comodidade dos relacionamentos. Por influência ferrenha do catolicismo, o namoro era visto como um percurso natural ao noivado e posterior casamento. É óbvio que existiam as paixões arrebatadoras, o amor carnal desmedido, mas a maioria dessas relações ocorria às escondidas, devido a forte influência da religiosidade.

Com o advento da modernidade e o surgimento de novos valores e princípios da sociedade capitalista, como o de viver intensamente o agora, a valorização do amor carnal, comodidade, evolução tecnológica, começaram a surgir figuras parecidas ao namoro, ocorrendo uma mudança do namoro da década de 1950.

O namoro, via de regra, possui uma carga maior de sentimentalismo, de amor e carinho, sendo uma relação pública, contínua e duradoura entre os namorados, porém sem intuito de constituir família.

Porém, existe pensamento de Tartuce, Simão e Lagrasta Neto (2012) que acreditam que no namoro existe a presunção relativa de paternidade e a responsabilidade civil.

Não deve prosperar tal tese, pois o namoro não gera direito e deveres jurídicos.

Abaixo a jurisprudência em relação à presunção relativa de paternidade no namoro:

Processual civil. Ação de investigação de paternidade. Prova. DNA. Princípio da identidade física do Juiz. CPC, art. 132.

I - O juiz prolator da sentença somente veio a funcionar no feito após concluída a instrução processual em razão da convocação de seu antecessor para exercício do cargo de Corregedor do Tribunal de Justiça

Estadual. Tal fato, por si só, excepciona a regra de vinculação insculpida no art. 132 do CPC.

II - Comprovado pela prova testemunhal que a mãe do autor manteve com exclusividade um namoro, ainda que breve, com o investigado, na mesma época da concepção e não afastada pelo único exame médico realizado a possibilidade de paternidade, é de se determinar o exame de DNA, que, por sua confiabilidade, permitirá ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão certeza, da efetiva paternidade. Não realizado, devem os autos retornar à origem para que o requerido exame seja feito, esclarecendo-se que a recusa do réu, quanto à sua efetivação, implicará presunção da sua paternidade.

III - Recurso especial conhecido e provido

(STJ, REsp 317119 CE 2001/0041589-0, T3 - TERCEIRA TURMA, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Julgado em 03/11/2004, DJ 03.10.2005 p. 239.RSTJ vol. 199 p. 315).

Logo, um breve namoro foi presumido relativamente à paternidade, pois namoravam com exclusividade, podendo gerar filhos, ou seja, não realizando o teste de DNA, existirá a presunção de paternidade. Porém, não é o entendimento acertado, tendo em vista que do namoro não decorrem direitos e deveres jurídicos.

A presunção de paternidade, conferida no artigo 1597,CC se aplica por analogia também à união estável, pois semelhante ao casamento, devendo desdobrar os mesmo direitos e deveres jurídicos.

Conforme jurisprudência do STJ, a respeito da presunção de paternidade do companheiro:

RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHIFACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA ENOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]

IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. [...]

VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável.

VII - Recurso especial provido.(REsp 1194059 SP 2010/0085808-2. Relator(a): Ministro MASSAMI UYEDA. Julgamento: 06/11/2012. Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Publicação: 14/11/2012).

Portanto, o entendimento acertado do STJ que deve ser aplicado à presunção de paternidade ao companheiro.

Conforme Miranda (2012, p. 4):

É preciso fazer uma interpretação da lei conforme a Constituição da República.

Mais grave ainda do que deixar a união estável desguarnecida, a interpretação que nega a presunção legal da paternidade à união estável deixa desprotegida a criança fruto deste relacionamento.

Não há a menor dúvida de que a ratio do artigo 1.597 do Código Civil não é a proteção ao casamento, mas sim à prole. O objetivo é garantir que esta criança não fique sem um pai reconhecido e que este reconhecimento de paternidade seja feito sem burocracia e questionamentos. A paternidade é relativamente presumida. Relativa porque admite prova em contrário, que deverá ser produzida por quem alegar estado contrário à presunção legal.

Perceba-se que o foco legal é justamente evitar que a criança, que foi concebida durante o período de convivência entre seus genitores, seja submetida a um longo e tormentoso processo judicial de investigação de paternidade.

Percebe-se, portanto, que deve haver uma interpretação conforme a Constituição no sentido de proteger à prole.

Continua Tartuce, Simão e Lagrasta Neto (2012, p. 318):

todas as questões acima relatadas, como a presunção relativa de paternidade e responsabilidade civil são de competência na Vara Cível e não na Vara de Família, gerando direitos obrigacionais, evitando o enriquecimento ilícito por parte de um dos namorados, pois o namoro não é entidade familiar.

Não deve prosperar tal entendimento, pois como o namoro não é uma entidade familiar, assim, não decorrendo direitos e deveres inerentes a entidade familiar.

A sociedade de fato é uma sociedade em comum, na qual o sócio poderá ser diretamente demandado. A sociedade em comum é uma sociedade na qual não ocorreu o registro na Junta Comercial, ou seja, não adquiriu personalidade jurídica.

Segundo Ramos (2013, p. 229):

A sociedade de fato é aquela que não possui instrumento escrito de constituição, ou seja, não possui um contrato social escrito. Por outro lado, a sociedade irregular é aquela que possui um contrato escrito, mas não está registrado na Junta Comercial, o que enseja a sua irregularidade. Essa

distinção, a rigor, nunca teve muita relevância prática, uma vez que o regime jurídico aplicável a ambas era o mesmo.

A sociedade em comum se subdivide em sociedade de fato e sociedade irregular. A sociedade de fato é aquela na qual o contrato social foi realizado na forma oral, enquanto na sociedade irregular o contrato social foi realizado na forma escrita. A comprovação da existência da sociedade de fato (forma oral) só pode ser feita por terceiros, enquanto a sociedade irregular (forma escrita) pode ser feita pelos próprios sócios, segundo artigo 987 do Código Civil Brasileiro.

Segundo Ramos (2013, p. 230): "*A sociedade de fato é a sociedade sem contrato escrito, que já está exercendo suas atividades sem nenhum indício de que seus sócios estejam tomando as providências necessárias à sua regularização*".

Existe o acertado conceito de sociedade de fato, na qual o contrato social é feito verbalmente, não havendo contrato social escrito.

Segundo Coelho (2007, p.124/125)

A sociedade sem registro é chamada, na doutrina, de sociedade irregular, ou "de fato"... No Código Civil de 2002, a sociedade empresária irregular ou "de fato" é disciplinada sob a designação de "sociedade em comum". Não se trata de novo tipo societário, mas de uma situação em que a sociedade empresária ou simples pode eventualmente se encontrar: a de irregularidade caracterizada pela exploração de negócios sem o prévio registro exigido na lei.

Não é acertado tal posicionamento, pois não diferencia a sociedade irregular da sociedade de fato, considerando a mesma coisa.

A jurisprudência abaixo diferencia a sociedade de fato da união estável:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. Ação declaratória. União estável e sociedade de fato. Distinção entre os institutos. União estável comprovada. Partilha de bens. Exame de esforço comum na aquisição de bens durante a convivência. Desnecessidade. Recurso provido. 1. Existe fundamental distinção entre a sociedade de fato e a união estável. A primeira tem natureza puramente contratual, enquanto a segunda decorre de direito de família. 2. Deduzida pretensão relativa à união estável e ausente reconvenção, não se pode examinar a existência de suposta sociedade de fato. 3. Comprovada a existência de união estável, a partilha dos bens, comprovada a aquisição onerosa durante a união, deve ser feita em igual proporção, independentemente da prova do esforço comum. 4. APELAÇÃO CÍVEL conhecida e provida para alterar a partilha. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0720.06.025246-0/001 - COMARCA DE VISCONDE DO RIO BRANCO - APELANTE(S): F.C.A. - APELADO(A)(S): C.R.O. - RELATOR: EXMO. SR. DES. CAETANO LEVI LOPES. Data do Julgamento: 26/05/2009. Data da Publicação: 01/07/ 2009).

Na jurisprudência acima, diz-se que a sociedade de fato é diferente da união estável, a primeira diz respeito à relação contratual, e a segunda à relação de direito de família, logo, a união estável não é regida por direitos obrigacionais.

Assim, a tese de que a união estável é uma sociedade de fato não vingou, pois a união estável é uma entidade familiar protegida pelo ordenamento jurídico, como união entre duas pessoas pública, contínua e duradoura com o objetivo de constituir família, logo presente o *intuito familiae*, e não uma sociedade de fato onde deverá estar presente o *affectio societatis*, esforço comum e o fim comum que é patrimonial e financeiro. Compreende-se, portanto que o fim da união estável não é patrimonial, e que apesar do esforço em comum, não possui também o *affectio societatis*, visto que o objetivo da união estável é o de constituir família.

Enquanto que na união estável decorrem direitos e obrigações, no namoro não decorre, pois o mesmo não é entidade familiar, e não possui natureza jurídica, logo, não há direitos e deveres jurídicos.

5 CONCLUSÃO

Conforme as perguntas iniciais realizadas na introdução desta pesquisa – o contrato de namoro é existente? É válido? É eficaz? É possível esse contrato não reconhecer a união estável?- verifica-se que o contrato de namoro é existente, inválido e ineficaz, quando na realidade vivida forem caracterizados os requisitos de união estável. Será existente e válido um contrato de namoro, porém ineficaz, quando na realidade se tratar de namoro. Nesse contrato não é possível não reconhecer a união estável, tendo em vista que a união estável possui natureza jurídica de ato-fato jurídico, independentemente da manifestação de vontades para se caracterizar e devido também à união estável ser regulada por normas públicas imperativas, indisponíveis pela vontade das partes.

Esses contratos são existentes, desde que preenchidos os requisitos de existência de agente, objeto, forma e manifestação de vontade. Porém são inválidos e ineficazes. Inválidos, pois visam fraudar lei imperativa, pois as normas de direito de família são de ordem pública, não sendo disponíveis pela vontade das partes, devido à influência da publicização do direito privado. Vê-se a tentativa de fraudar a lei por não caracterizar uma entidade familiar tutelada pelo ordenamento jurídico por negar a existência de uma união convivencial, quando na realidade é presente tal entidade, desejando afastar o regime de bens, e todos direitos e deveres jurídicos advindos da união estável. E ineficazes, pois, os contratos não alcançam o seu fim desejado, qual seja, a descaracterização da união estável, diante da primazia da realidade em detrimento de um mero contrato. Caracterizados os requisitos da união estável, nenhum contrato terá condão de descaracterizar essa entidade familiar. Mas, se na realidade o relacionamento afetivo for namoro, esse contrato será existente, válido e ineficaz, visto que, apesar de existente, e de não fraudar à lei, não produzirá efeitos jurídicos, tendo em vista que do namoro não repercutem efeitos patrimoniais e pessoais, sobretudo por não ser uma entidade familiar, e tampouco ser protegida pelo Estado e pelo ordenamento jurídico.

A união estável passou por diversas fases, desde a ausência de proteção, sendo vista como concubinato, até ser reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988.

Com o tempo, os requisitos para configurar a união estável foram se modificando. Antigamente necessitava do prazo mínimo de 5 anos, segundo a Lei 8.912/94, essa lei foi sucedida pela Lei 9.278/96 que extinguiu o prazo. Como é possível perceber, o relacionamento não é graduado pelo tempo, mas sim pela intensidade do sentimento. Era necessário também a *more uxória*, porém esse requisito foi derrotado, diante da Súmula 382, STF, disciplinando que não necessita morar junto.

Os requisitos atuais para configuração da união estável é a convivência pública, contínua e duradoura com intuito de constituir família, decorrendo todos efeitos patrimoniais e pessoais, também o regime sucessório e havendo a possibilidade da conversão em casamento.

O estudo da natureza jurídica da união estável é um facilitador para a compreensão do tema dos contratos de namoro. Conforme extensa pesquisa monográfica, a união estável deve ser compreendida como ato-fato jurídico que é uma conduta humana que independe da manifestação expressa de vontade para gerar consequências jurídicas. O ato-fato jurídico é um fato jurídico que está submetido às normas cogentes, que são indisponíveis pela vontade das partes, logo no contrato de namoro, as partes não podem descaracterizar a união estável por meio de um mero contrato, pois este não tem o condão de afastar o instituto jurídico da união estável.

Os companheiros que preenchem os requisitos necessários para constituição da união estável pela realidade vivida não precisam manifestar a sua vontade expressamente.

A união estável é caracterizada pela ausência de formalismos e por ser um ato-fato jurídico, enquanto o casamento é um ato complexo e solene, sendo um negócio jurídico, necessitando assim de manifestação de vontade expressa.

Os relacionamentos afetivos modificaram-se com tempo, o namoro antes visto como período anterior ao casamento futuro, não é mais visto dessa forma.

Nos namoros atuais os namorados viajam juntos, dormem na mesma cama, às vezes, moram no mesmo domicílio, sendo muito parecido com a união estável. Porém no namoro está ausente o requisito subjetivo que é o intuito de constituir família, diferenciando-se da união estável.

O namoro não cria direitos e deveres jurídicos, pois o mesmo não é uma entidade familiar protegida pelo ordenamento pátrio jurídico. Por outro lado, a união estável é entidade familiar repercutindo todos direitos e deveres jurídicos.

A realidade social vem mostrando que os companheiros que convivem publicamente, com continuidade e durabilidade com intuito de constituir família devem ser enquadrados como união estável. A aparência de como se casados fossem é importante para a caracterização da união estável, assim também como a finalidade de constituir família.

A doutrina e a jurisprudência tendem a se posicionar contra os contratos de namoro, tendo em vista que as normas da união estável não podem ser modificadas pela vontade das partes, tendo em vista que são normas imperativas, de ordem pública, pois a família recebe proteção especial do Estado.

O Estado deve proteger a família, instituto basilar da sociedade, como forma de resguardar os princípios da supremacia do interesse público, da boa-fé e da função social do contrato. O contrato de namoro fere os princípios da boa-fé e da função social do contrato, pois possui conteúdo abusivo, no que tange ao não reconhecimento da união estável, violando a boa-fé. Também fere o princípio da função social dos contatos, ao prevalecer o contrato em detrimento das normas de ordem pública.

O princípio da autonomia privada está limitado pelas normas de ordem pública, não existindo uma autonomia plena, devendo esta versar livremente apenas sobre o regime de bens.

A tese do amor líquido se enquadra no temor e receio dos desdobramentos patrimoniais advindos do contrato de namoro. Vive-se atualmente uma época de inseguranças e incertezas balizada na efemeridade dos relacionamentos e na visão do aproveitar o presente, sendo individualistas e “coisificando” as pessoas, vistas como objetos.

É necessário diferenciar os contratos de namoro dos contratos de convivência, pois enquanto estes dizem respeito ao regime de bens da união estável, aqueles visam a descaracterização da união estável, não havendo desdobramentos patrimoniais.

Existe uma diferença visível entre a sociedade de fato e o namoro, neste não gera direitos e obrigações jurídicas, enquanto naquele os bens adquiridos onerosamente

na constância da sociedade se comunicarão. O namoro não é entidade familiar, e a sociedade de fato também não é entidade familiar, mas sim uma sociedade em comum, na qual o estatuto social é feito na forma oral.

Assim, ante a argumentação lançada neste fólio, não existe espaço no ordenamento jurídico a agasalhar o contrato de namoro, que sucumbe, à evidência, da melhor doutrina.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. O direito de família mínimo e o Ministério Público. In: FARIAS, CRISTIANO CHAVES *et al.* **Temas Atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 607-635. 3 ed.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida Líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS- Universidade Salvador: Autonomia Privada e Negócio Jurídico**. Vol. 5. 2005 . Fascículo de periódicos.p.69-87

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. Brasília: Congresso Nacional, D.O.U., 17 jan. 1973.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília: Congresso Nacional, D.O.U., 11 jan. 2002.

_____. **Constituição Federal (1988)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Especial nº 303.604/SP – Proc: 2001/0016037-9**. Recorrente: Anna Gonzáles Molina. Recorrido: Antônio Bayarri Exposito- Espólio. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 23 jun 2003. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_303604_SP_20.03.2003.pdf > Acesso em: 07 nov 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Especial nº 1.090.722 – SP – 3ª turma** – Rel. Min. Massami Uyeda – DJ 30.08.2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16821753/recurso-especial-resp-1090722-sp-2008-0207350-2-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 25 mai 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJe: 28/02/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&s equencial=25593592&num_registro=200901600515&data=20130228&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em 25 mai 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 982.664- RJ (2007/0204896-2)**. Quarta Turma. Julgado em: 12/04/2011. Publicado em: 15/04/2011. Disponível em:<

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18804444/recurso-especial-resp-982664-rj-2007-0204896-2-stj>>. Acesso em: 01 jun 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.235.994 - PE (2011/0018422-1)**. RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA. Julgamento em: 20/10/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=18473280&num_registro=201100184221&data=20111103&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 01 jun 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1194059 SP 2010/0085808-2**. Relator(a): Ministro MASSAMI UYEDA. Julgamento: 06/11/2012. Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA. Publicação: 14/11/2012). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj>>. Acesso em: 01 jun 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.104.316 - RS (2008/0238547-7)**. RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Julgamento 28/04/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=5152254&num_registro=200802385477&data=20090518&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 2 jun 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. nº 317119 CE 2001/0041589-0**. T3 - TERCEIRA TURMA, Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Julgado em 03/11/2004, DJ 03.10.2005 p. 239.RSTJ vol. 199 p. 315. <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1520312&num_registro=200100415890&data=20051003&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 2 jun 2013.

BUENO, Aline. **União estável putativa**. 2012. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/857>>. Acesso em 08 nov. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito civil, família, sucessões**. Vol.5. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORRÊA, Fernanda Cardoso. **Nos limites da união estável e do namoro**. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade Salgado- UNIFACS. Salvador: 2009.

CRUZ, Maria Luiza Pova Cruz. **Namoro ou união estável?** 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/503>>. Acesso em 23 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível 118529420108070003 DF 011852-94.2010.807.0003**. Relator(a): CARMELITA BRASIL Julgamento: 14/03/2012. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Publicação: 19/03/2012. Disponível em : <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21419450/apelacao-ci-vel-apl-118529420108070003-df-0011852-9420108070003-tjdf>>. Acesso em: 24 set. 2012.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones generales del derecho**. Vol. II. Buenos Aires:Heliasta S.R.L. 19- -.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro v.5: direito de família**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito civil brasileiro v.5: direito de família**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de ; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Direito das Famílias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; _____. **Curso de direito civil: Direito das Famílias**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2012a.

_____; _____. **Curso de direito civil: direito dos contratos**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2012b.

FERREIRA, Aline Carla Campos. **Direito Sucessório dos Casais Homoafetivos**. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade Presidente Antônio Carlos / UNIPAC. Faculdade De Ciências Jurídicas E Sociais De Barbacena – FADI. Barbacena: 2011.

FERREIRA, A.B.H. **Míni Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIREDO, Luciano Lima. A autonomia privada nas relações familiares: O cerceamento do direito ao namoro. In: DIDIER JUNIOR, FREDIE *et al.* **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 227-253. v. 3.

_____. **A função social das patentes de medicamentos: quebra de patentes e políticas públicas**. Salvador: Juspodivm, 2009a.

_____. As Relações Extraconjugais e o Terceiro de Boa-Fé: União Estável Putativa e Concubinato Consentido. In: DIDIER JUNIOR, FREDIE *et al.* **Teses da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador: Juspodivm, 2009b. p. 329-352. v. 1.

FONSECA, Luciana Simões de Freitas. **A publicização das relações privadas e seus reflexos nos novos paradigmas de entidades familiares**. Monografia (Pós-Graduação em Direito do Estado) - JusPodivm e Unyahna. Salvador: 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de namoro**. 2005. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B3E8638FC-04B7-48AC-A125-970A7F08C923%7D_032.pdf>. Acesso em: 10 nov 2012.

_____; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: v. 6: direito de família - as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____; _____. **Novo Curso de Direito Civil**: v. 6: direito de família- as famílias em perspectiva constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; _____. **Contratos**: teoria geral. v.4, t.1. São Paulo: Saraiva, 2011b.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das sucessões. Vol: VII. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

_____. **Direito Civil Brasileiro**: contratos e atos unilaterais. Vol. III. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. Vol VI. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

_____. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. Vol. VI. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUCÁ, Mariângela da Silva Peloso. **Temas polêmicos envolvendo direitos da personalidade**. Monografia (Pós-Graduação em Direito Privado e Civil). Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K219684.pdf >. Acesso em: 21 mai 2013.

KUMPEL, Vitor Frederico. **Direito Civil, 4**: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Glauber Salomão. O Problema da Regulamentação da União Estável. In: NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE et al. **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.p. 34-52. v.1.

LEITE, Glauco Salomão; VALENÇA FERRAZ, Carolina; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, George Salomão. **Manual Dos Direitos da Mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: A Superação da Dicotomia. In: Martins- Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica ao processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARZAGÃO, Lídia Valério. **Regime de Bens na União Estável**. 2006. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/226>> . Acesso em 08 nov. 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0017.05.016882-6/003**. Rel. Des. Maria Elza, public. 10/12/2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa/direito-de-familia-na-midia/detalhe/4219>>. Acesso em: 07 nov 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0720.06.025246-0/001**. - COMARCA DE VISCONDE DO RIO BRANCO - APELANTE(S): F.C.A. - APELADO(A)(S): C.R.O. - RELATOR: EXMO. SR. DES. CAETANO LEVI LOPES. Data do Julgamento: 26/05/2009. Data da Publicação: 01/07/2009. Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?pagina=1&idarea=20&idmodelo=14563>>. Acesso em: 3 jun 2013.

MIRANDA, Rafael de Souza. **A presunção de paternidade na união estável**. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23155/a-presuncao-de-paternidade-na-uniao-estavel>>. Acesso em: 01 jun 2013.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos**: Novos Paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 853.840-7**. Relator: Fernando Wolff Bodziak. Julgamento em: 04/07/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21880851/8538407-pr-853840-7-acordao-tjpr/inteiro-teor>>. Acesso em: 20 mai 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº AC 4404668 PR 0440466-8**. Relator: Ruy Francisco Thomaz, Data de Julgamento: 06/11/2007, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7497. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6278465/apelacao-civel-ac-4404668-pr-0440466-8-tjpr>>. Acesso em 21 mai 2013.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das Pessoas e das Famílias** - Doutrina e Jurisprudência. Saraiva. 2008.

PINHEIRO, Raphael Fernando. “**Namorar com contrato?**” **A validade jurídica dos contratos de namoro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11589>. Acesso em 03 ago 2012.

PLÁ RODRIGUES, Américo; tradução de Wagner D.Giglio. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1978.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

REALE, Miguel. **Cônjuges e Companheiros**. 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjcomp.htm>>. Acesso em: 01 jun 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70025094707**. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 22/10/2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/28421914/djba-caderno2-18-07-2011-pg-37>> Acesso em : 07 nov. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70026568352, Sétima Câmara Cível**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 11/03/2009. Disponível em: <http://laurojur.blogspot.com.br/2009_10_01_archive.html>. Acesso em: 06 nov. 2012

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70011258605, Oitava Câmara Cível**. Relator: Rui Portanova. Julgado em 25/08/2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5120>. Acesso em: 07 nov. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70006282024**. Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 04/03/2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17626487/agravo-de-instrumento-ai-309962010-ma-tjma>>. Acesso em 09 nov. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70027512763**. Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Rui Portanova. Julgado em 14.5.09. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31836/unioes-estaveis-concomitantes.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2012

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento. nº 70019892595**. Oitava Câmara Cível. Rel. Des. Rui Portanova, julg. 29.05.2007). Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5944/Direito-real-de-habitacao-na-uniao-estavel>>. Acesso em 27 mai 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70043331966**. Oitava Câmara Cível. Relator(a): Ricardo Moreira Lins Pastl. Publicação: 24/08/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20374276/agravo-de-instrumento-ai-70043331966-rs-tjrs>>. Acesso em: 01 jun 2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº AC 220218 SC 2010.022021-8**. Quinta Câmara de Direito Civil. Relator(a): Odson Cardoso Filho. Julgamento: 31/05/2011. Disponível em: <<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21015726/apelacao-civel-ac-220218-sc-2010022021-8-tjsc>>>. Acesso em: 01 jun 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 1950161420088260000**. Terceira Câmara de Direito Público. Relator Camargo Pereira. Julgado em: 03/07/2012. Publicado em: 11/07/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22039795/apelacao-apl-1950161420088260000-sp-0195016-1420088260000-tj-sp>>. Acesso em: 07 nov 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº 0007539-81.2006.8.26.0624**. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Neves Amorim. Julgado em: 29/11/2012. Publicado em: 01/12/2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22749124/apelacao-apl-75398120068260624-sp-0007539-8120068260624-tj-sp>>. Acesso em: 01 jun 2013.

SARAIVA, Rute. **Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades**: Do casamento aos contratos de namoro no Direito brasileiro. 20-?. Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=BbaeM1nqEtl%3D&tabid=332>>. Acesso em: 13 mai 2013.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SILVA, Elisa Maria Nunes Da. **Efeitos sucessórios na união estável**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8974>. Acesso em 01 jun 2013.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STELLA, Sylvia Spuras. **Resposta da pergunta: Como era realizado o desquite?**. Disponível em: <<http://www.meuadvogado.com.br/discuta/como-realizado-desquite.html>>. Acesso em: 06 mai 2013.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Manual de direito civil**: Volume Único. São Paulo: Método, 2011.

_____; SIMÃO, José Fernando; LAGRASTA NETO, Caetano. **Direito de Família - Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos** – 2 ed. Atlas. 2012.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Namoro e União Estável**: confusões, set.2004a. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=128>>. Acesso em: 23 de set. de 2012.

_____. **Namoro e União Estável**: distinções, set. 2004b. Disponível em:<<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=129>>. Acesso em: 23 de set. de 2012.

_____. **O mal falado contrato de namoro**, set.2004c. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=130>>. Acesso em 23 set. 2012.

_____; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, 2**: direito de família. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato social e sua função**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VELOSO, Zeno. **Contrato de Namoro**. 2009. Disponível em: <<http://www.soleis.adv.br/artigocontratodenamorozeno.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

VENOSA, Sílvio de Savo. **Direito civil**: direito de família. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VILA, Marco Antonio. **O namoro ao longo do tempo, uma lição apaixonante**. 2012. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/ensino-medio/namoro-ao-longo-tempo-licao-apaixonante-431289.shtml>>. Acesso em: 03 ago 2012

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de Namoro**: Amor líquido e direito de família mínimo. Monografia (Mestrado em Direito). Curitiba: 2011. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/29216/R%20-%20D%20-%20MARILIA%20PEDROSO%20XAVIER.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

ANEXOS

ANEXO I**CONTRATO DE CONCESSÃO DE NAMORO**

Por este instrumento particular de CONTRATO DE NAMORO, as partes abaixo qualificadas, cientes do conceito de UNIÃO ESTÁVEL (instituto com base legal no art. 226 da Constituição Federal de 1988 e arts 1723 a 1725 do Código Civil de 2002), como sendo a entidade familiar configurada pelo convívio duradouro, público e contínuo, com intuito de constituição de família, declaram para todos os fins de direito que **NÃO SE ENCONTRAM NESTA SITUAÇÃO**, embora convivam sob o mesmo teto, pretendendo constituir família somente após noivado ou casamento, não na forma de União Estável.

_____ As partes estão cientes que o contrato de namoro não pode alterar a realidade, logo, trata-se de uma declaração de situação fática e de intenção a fim de não haver confusão de institutos jurídicos e no subjetivismo do relacionamento uma das partes não crer que há uma união estável presente.

Assim, estão cientes que por não haver união estável, não possuem qualquer direito de meação, previdência ou sucessório um em relação ao outro. Também, não há aquisição patrimonial em comum (a propriedade é daquele em que o bem encontra-se registrado, não havendo qualquer meação ou sociedade civil).

As despesas serão rateadas e os presentes realizados são liberalidades individuais. Este contrato cessará com a separação de fato, não havendo necessidade de denúncia.

Já namoram desde ___/___/___ e passaram a viver juntos em ___/___/___.

Nestes termos, damos fé, _____, portador do CPF nº _____ e do RG nº _____, juntamente com _____, portadora do CPF nº _____, e do RG nº _____, ambos residentes e domiciliados na cidade de Fortaleza – CE.

Fortaleza, ___ de _____ de _____.

NAMORADO**NAMORADA**

Testemunhas:

CPF

CPF

ANEXO II

Modelo de contrato de namoro firmado por Escritura Pública de declaração de inexistência de união estável cedido pelo 1.o Tabelionato Giovanetti de Curitiba, PR:

Escritura Pública de Declaração e Renúncia que fazem: _____ e _____ como declarado na forma abaixo:

SAIBAM quantos esta pública Escritura de Declaração e Renúncia virem que aos trinta e um dias do mês de março do ano de um mil novecentos e noventa e oito (31/03/1998) nesta cidade de Curitiba, Capital do Estado do Paraná, em Cartório, perante mim Empregado Juramentado do Tabelião que esta subscreve, compareceram como outorgantes declarantes o Sr. _____ e a Sra. _____; os presentes reconhecidos pelos documentos apresentados nesta Escritura, do que dou fé. E, por esta Escritura e nos melhores termos de direito declaram o seguinte: —para todos os fins e efeitos de direito que, embora a 06 (seis) meses estejam habitualmente convivendo juntos, além de outras atividades sociais, inclusive mantendo ou não ocasionalmente ou de forma habitual relacionamento sexual íntimo, tal comportamento não implica convivência pública, duradoura e contínua, pois não tem por objetivo tornar-se legal a convivência. Não estando assim caracterizada a união estável, renunciam expressamente e retroativamente desde a inicial convivência, a todos os direitos em relação a quaisquer bens móveis ou imóveis adquiridos por ambas as partes, continuando cada um dos declarantes a constituir em nome próprio o seu patrimônio, de forma que esse fique distinto e incomunicável, tanto para aqueles adquiridos no passado, quanto aos que venham a ser adquiridos na continuidade da relação que atualmente mantêm entre si, e declaram ainda, que no caso da inexistência de continuidade do mencionado relacionamento, nenhum direito a título de indenização caberá a qualquer um dos declarantes, renunciando reciprocamente, portanto, a todos os direitos e deveres previstos na Lei n.o 9.278, de 10/05/1996.

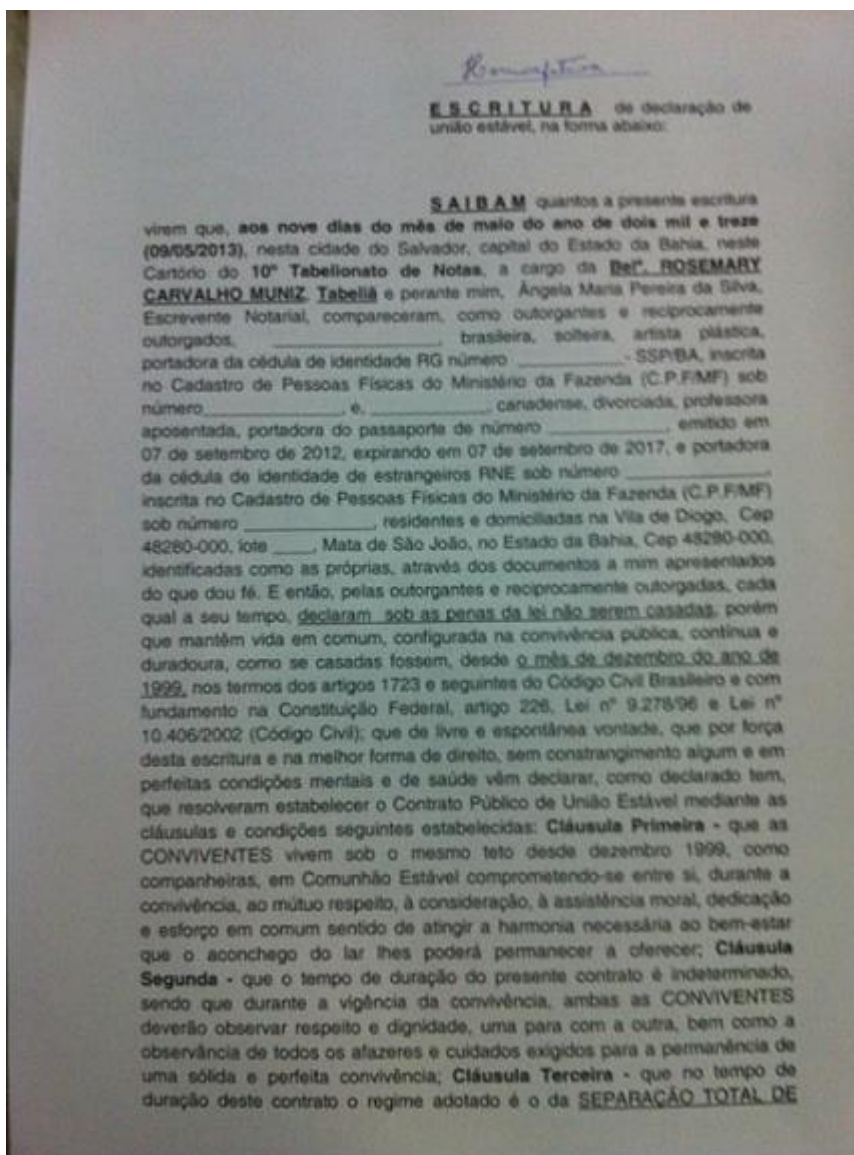
ANEXO III

ESCRITURA de declaração de União Estável, na forma abaixo:

SAIBAM quanto a presente escritura, vimos que, **aos quatorze dias do mês de janeiro do ano de dois mil e treze (14/01/2013)**, nesta cidade de Salvador, capital do Estado da Bahia, neste Cartório do 10º Tabelionato de Notas, a cargo da **Bel. ROSEMARY CARVALHO MUNIZ Tabela** e perante mim, Ângela Maria Pereira da Silva, Escrevente Notarial, compareceram, como outorgantes e reciprocamente outorgados, _____, brasileiro, divorciado, técnico de enfermagem, portador da carteira de identidade RG número _____ SSP/BA, inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda (C.P.F/MF) sob o número _____ e _____, brasileira, solteira, técnico em laboratório, portadora da cédula de identidade RG número _____ SSP/BA, inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda (C.P.F/MF) sob número _____, residente e domiciliada na Travessa São Domingos, _____, Casa - Federação, nesta Capital, identificados como os próprios, através dos documentos a mim apresentados do que dou fé. E então, pelos outorgantes e reciprocamente outorgados, cada qual a seu tempo, foi declarado que mantêm vida em comum, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, como se casados fossem, **desde o ano de 2009**, nos termos dos artigos 1723 e seguintes do Código Civil Brasileiro, que, dessa união, **não tiveram filhos**; declaram ainda os outorgante e reciprocamente outorgados que o seu patrimônio pessoal, na data de início da união estável, está perfeitamente definido, com exceção dos bens a seguir descrito, que embora encontre-se registrado apenas e tão somente em nome de outorgante/declarante, pertence a ambos, e sobre o mesmo incide uma Alienação Fiduciária em favor da Caixa Econômica Federal - CEF, a qual ambos declaram que contribuem para a manutenção e pagamento das obrigações que incidem no imóvel a seguir denominado: **1) um apartamento de nº _____ da porta Inscrição no Censo Imobiliária _____, parte integrante do prédio denominado Edifício _____, Bloco _____, situado no _____, na Federação, no subdistrito de Vitória, zona urbana desta Capital, devidamente registrado no Cartório do 1º Ofício de Imóveis da Comarca de Salvador/Ba, sob o nº de matrícula _____; 2) os móveis que guarnecem o imóvel referido no item anterior; que, por força desta escritura e na melhor forma de direito, de livre e espontânea vontade, sem constrangimento algum e em perfeitas condições mentais e de saúde vêm declarar, como declarado tem, que são beneficiários um do outro, de quaisquer seguros, pensões, pecúlios, aposentadorias e benefícios, assegurando-lhes todos os direitos e vantagens, inclusive os de assistência odonto-médico-hospitalar, para os quais eles contribuem ou venham a contribuir; que, onde com esta se apresentar, possam fazer as devidas averbações da presente**

declaração, a quem interessar possa, especialmente para fazer prova de sua veracidade junto a quaisquer repartições públicas federais, estaduais, municipais e autárquicas, ou instituições privadas, e onde mais com esta se apresentar e preciso for. Assim sendo, por ser o aqui declarado a mais pura expressão da verdade, sob as penas da lei, assinam esta escritura para que surta seus efeitos legais. Os dados e os elementos relativos ao objeto do presente instrumento foram fornecidos e confirmados pelos outorgantes, que por eles se responsabilizam, reservando este Ofício no direito de não corrigir erros daí advindos.

ANEXO IV



BENS, ou seja, todos e quaisquer bens móveis ou imóveis, direitos e proventos adquiridos por qualquer das CONVIVENTES antes ou durante a vigência do presente contrato, permanecerão a quem os adquiriu, não se comunicando com os bens da outra parte e os aquestos não se comunicarão; **Cláusula Quarta** - que as causas de extinção do presente contrato podem ser: por resolução involuntária (força maior ou caso fortuito); por rescisão unilateral ou bilateral (por simples declaração pública de uma ou de ambas as partes;) por rescisão unilateral ou bilateral (caso venha ocorrer lesão as cláusulas de convivência expressas na cláusula primeira; **Cláusula Quinta** - que o termo inicial do presente contrato retroage ao momento que as CONVIVENTES iniciaram a viver sob o mesmo teto, conforme descrito na cláusula primeira; **Cláusula Sexta** - as CONVIVENTES elegem o foro da cidade de Salvador, Estado da Bahia, para dirimir dúvidas porventura vinculadas ao presente instrumento público, excluindo-se quaisquer outro por mais privilegiado que seja. Assim sendo, por ser o aqui declarado a mais pura expressão da verdade, sob as penas da lei, assinam esta escritura para que surta seus efeitos legais. Os dados e os elementos relativos ao objeto do presente instrumento, foram fornecidos e confirmados pelas outorgantes, que por elas se responsabilizam, reservando este Ofício, no direito de não corrigir erros daí advindos.

ANEXO V

União "post mortem"

ESCRITURA de declaração na
forma abaixo:

SAIBAM quantos a presente escritura
virem que, **aos dezessete dias do mês de maio do ano de dois mil e treze (17/05/2013)**, nesta cidade do Salvador, capital do Estado da Bahia, neste Cartório do 10º Tabelionato de Notas, a cargo da **Def. ROSEMARY CARVALHO MUNIZ Tabelã** e perante mim, **Ângela Maria Pereira da Silva**, Escrevente Notarial, compareceram como declarantes, _____ brasileira, solteira, agente de endemias, portadora da cédula de identidade RG número _____ - SSP/BA, inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda (C.P.F/MF) sob número _____, residente e domiciliada na Avenida Vasco da Gama, número _____, Fonte Nova, Brotas, nesta Capital, e, _____ brasileira, divorciada, secretária, portadora da cédula de identidade RG número _____ SSP/BA, inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda (C.P.F/MF) sob número _____, residente e domiciliada na Rua do Adobes, número _____, Santo Antônio, nesta Capital, identificadas como as próprias, através dos documentos a mim apresentados do que dou fé. E então, pelas comparecentes, cada qual a seu tempo, declaram sob as penas da lei que, _____ brasileira, solteira, do lar, portadora da cédula de identidade RG número _____ - SSP/BA, inscrita no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda (C.P.F/MF) sob número _____, residente e domiciliada no Conjunto Recanto das Ilhas, bloco _____, apartamento _____, Edifício Ilha Beata, São Marcos, nesta Capital, conviveu como se casada fosse **desde o ano de 1958**, com _____, que era brasileiro, viúvo, conferente aposentado, falecido em _____ de 2009, conforme consta na certidão de óbito expedida pelo Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais do Subdistrito da Vitória, extraída do livro _____, às folhas _____ sob número de ordem _____; que a convivência entre eles era comum, configurada em convivência pública, contínua e duradoura, nos termos dos artigos 1723 e seguintes do Código Civil Brasileiro; que dessa união tiveram 03 (três) filhos: _____, nascido em 18/05/1961, portador da cédula de identidade RG de número _____ SSP/BA, nascida em 16/10/1964, portadora da cédula de identidade RG de número _____ SSP/BA, e _____, nascida em 11/06/1974, portadora da cédula de identidade RG de número _____ SSP/BA; que, por força desta escritura e na melhor forma de direito, de livre e espontânea vontade, sem constrangimento algum e em perfeitas condições mentais e de saúde vêm declarar, como declarado tem que, em razão de tal convivência, entendem que _____, são beneficiários um do outro, de quaisquer seguros, pensões, pecúlios, aposentadorias e

benefícios, assegurando-lhes todos os direitos e vantagens, inclusive os de assistência odonto-médico-hospitalar, para os quais eles tenham contribuído; que, onde com esta se apresentar, possa fazer as devidas averbações da presente declaração, a quem interessar possa, especialmente para fazer prova de sua veracidade junto a quaisquer repartições públicas federais, estaduais, municipais e autárquicas, ou instituições privadas, e onde mais com esta se apresentar e preciso for. Assim sendo, por ser o aqui declarado a mais pura expressão da verdade, sob as penas da lei, assinam esta escritura para que surta seus efeitos legais. Presente à este ato, _____ já qualificada neste instrumento, pela qual foi declarado que aceita a presente nos termos aqui expressos. Os dados e os elementos relativos ao objeto do presente instrumento foram fornecidos e confirmados pelos outorgantes, que por eles se responsabilizam, reservando este Ofício no direito de não corrigir erros daí advindos.