

O CONTRATO DE NAMORO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Viviane Lemes da Rosa*

RESUMO: O contrato de namoro é uma nova modalidade contratual, na qual os contratantes manifestam a vontade de manter entre si um relacionamento amoroso conhecido como “namoro”. Este trabalho objetiva o estudo da validade desse negócio jurídico, a partir da análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito de família, do panorama social atual e dos posicionamentos doutrinários sobre o tema. Após o estudo da evolução histórica do direito de família, da constitucionalização do direito civil, da união estável, e do contrato de namoro a partir dos princípios constitucionais que regem o direito de família, tem-se que o contrato de namoro não pode ser considerado nulo de plano, devendo haver a ponderação do magistrado sobre sua validade diante do caso concreto, tendo por base a vontade das partes.

Palavras-chave: contrato de namoro, união estável, princípios constitucionais.

THE DATING CONTRACT AND THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF FAMILY LAW

ABSTRACT: The dating contract is a new type of contract, in which the contractors express the desire to maintain a loving relationship with each other known as "dating." This work aims to study the validity of the legal business, based on the analysis of the constitutional principles applicable to family law, the social scene and the current doctrinal positions on the topic. After the study of the historical evolution of family law, of the constitutionalization of the civil law, the common-law marriage, and the dating contract based on the constitutional principles governing family law, we concluded that the dating contract can not be considered null plan, that must be ponderation of the magistrate about the validity of the contract on the case, taking into consideration the will of the parties.

Keywords: *dating contract, stable union, constitutional principles.*

* Advogada. Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Projeto Virada de Copérnico, Eixo de Família e Sucessões, da Universidade Federal do Paraná. E-mail: viviane.ldr@hotmail.com
Versão em português recebida em 15/04/2014, aceita em 06/05/2014, e autorizada para publicação em 09/07/2014

1 INTRODUÇÃO

O direito de família vem passando por uma reconfiguração. O Código Civil de 1916 tutelava o modelo de família da época: patriarcal e centralizada no pai de família, que era responsável pelo sustento e tomada de decisões. Abaixo dele se encontrava a mulher – responsável pelo cuidado dos filhos e submissa ao marido – e os filhos “legítimos”.

O projeto do novo Código Civil foi elaborado entre os anos de 1969 e 1975 – tendo Miguel Reale como coordenador da comissão que liderou sua formulação – e foi aprovado somente em 10 de janeiro de 2002 (PINHEIRO, 2013). Vê-se que, apesar de ter sido aprovado no ano de 2002, o Código Civil contém disposições elaboradas entre 1969 e 1975, que refletem a mentalidade da época.

Várias críticas têm sido feitas a esse projeto e sua aprovação, notadamente porque não houve uma atualização do projeto após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe inovações em termos de direitos fundamentais e de família. Logo, hoje temos um Código Civil promulgado em 2002, mas que apresenta disposições arcaicas, que não refletem o espírito do legislador constituinte e não acompanharam as mudanças da sociedade desde 1975.

Antes mesmo da aprovação do projeto de Código Civil, Tepedino (2001, p. 439) já tecia críticas às suas disposições: “o fato é que o projeto foi redigido há quase 30 anos (a comissão foi constituída em maio de 1969) e a sua aprovação representará impressionante retrocesso político, social e jurídico”.

As famílias em 2002 não têm as mesmas características das famílias existentes até 1975; houve mudanças radicais nos modelos de família, começando pelo simples fato de que passam a existir pluralidades de famílias. A família não é mais aquela patriarcal, constituída por marido, mulher submissa e filhos legítimos; há vários modelos de família, como, por exemplo, as famílias monoparentais, singulares, resultantes de união homoafetiva, constituídas pela união estável, entre outras.

Além da industrialização, do ingresso da mulher no mercado de trabalho e da afetividade entre pais e filhos, Calderón (2011, p. 265-280) indica outros fatores que contribuíram para o surgimento de um novo panorama no direito de família, como as conquistas femininas, a liberalização sexual, a redução do patriarcalismo, a igualdade entre os

gêneros, a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal e o surgimento plural de entidades familiares.

Fachin (1999, p. 303-304) afirma que “a família, por princípios, não tem mais o desenho jurídico do ente familiar patriarcal fundado na lei da desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal”.

Ademais, os focos da família passam a ser a afetividade e a dignidade de seus membros individualmente. Lôbo (2008, p. 15) destaca a afetividade como elemento central do novo modelo de família:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser finalidade precípua.

Com a Constituição Federal de 1988 surge um novo direito de família, consciente das diversas modalidades de famílias existentes e preocupado em proteger todas elas, tendo como base fundante a dignidade da pessoa humana e a afetividade. Encontramo-nos em um Estado Democrático de Direito que é social, que tem como um de seus objetivos garantir e proteger todos os tipos de família sem preconceitos ou desigualdades.

Ciente de que o Código Civil aprovado não trazia disposições que refletiam os princípios constitucionais e que este mesmo código devia respeito à Constituição Federal, a doutrina civilista passou a entender que o direito civil deveria ser *constitucionalizado*. A constitucionalização do direito civil consiste em aplicar as normas do Código Civil de acordo com os princípios constitucionais, observando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana e, quanto ao direito de família, também o princípio da afetividade.

Assim, o panorama atual é de um direito de família aplicado de acordo com as normas e princípios constitucionais, notadamente os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

2 A DIFERENCIAÇÃO ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO

Como visto, o pluralismo familiar foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, que propõe a proteção do estado a todas as modalidades

de família existentes, de acordo com o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Pode-se dizer que, atualmente, uma das formas mais comuns de se constituir família no Brasil é através da união estável, o que pode ser explicado, entre outros fatores, pela burocracia que o casamento envolve. Como a união estável consiste na união informal entre pessoas – ou seja, não exige processo, documentos, escolha de regime de bens, entre outros – com o objetivo de constituir família, alguns indivíduos têm optado por ela ao invés do casamento. Afinal, os objetivos são os mesmos: a afetividade e a vida familiar comum.

Ademais, a caracterização da união estável independe da vontade do casal, pois com o surgimento de seus requisitos, antes mesmo que perceba, que tenha ciência das consequências desse fato, o casal já pode estar vivendo em união estável. Em verdade, acredita-se que essa caracterização inconsciente é muito comum no Brasil – em que pese os direitos de família sejam de acesso cada vez mais fácil a todos –, porque os requisitos para a caracterização da união estável são muito nebulosos.

A união estável está expressamente prevista como forma de família protegida pela Constituição Federal, conforme o artigo 226, §3º, da Carta Magna¹. A Lei nº 8.971/1994 foi criada para regulamentar essa disposição constitucional, e em seu artigo 1º² trazia um prazo de cinco anos ou a existência de prole como requisitos alternativos para a caracterização da união estável. No entanto, essa lei foi revogada pela Lei nº 9.278/1996, a qual extinguiu a exigência de prazo mínimo para o reconhecimento da união estável, conforme artigos 1º³ e 11.

Considerando que a legislação não é taxativa quanto ao que é necessário para a caracterização da união estável, exigindo tão somente convivência duradoura, pública e contínua com o objetivo de constituir família, a doutrina diverge sobre os requisitos.

Venosa (2001, p. 43-48) indica cinco requisitos para a caracterização de união estável – a estabilidade, a continuidade da relação, a diversidade de sexos, a publicidade e o

¹ Para melhor compreensão, cite-se o artigo: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 1988).

² Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade. (BRASIL, Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, 1994).

³ Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. (BRASIL, Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996, 1996).

ânimo de constituir família –, mas afirma que outros elementos podem ser levados em consideração pelo magistrado na aferição do caso concreto, como, por exemplo, a fidelidade, a habitação comum, a unicidade de companheiro e a existência de casamento religioso.

Para Madaleno (2001, p. 1.080), são requisitos (não concomitantes) da união estável o ânimo de constituir família, a aparência de casado, a notoriedade do relacionamento, o dever de lealdade, a comunidade de leitos, a dependência afetiva, a continuidade e a durabilidade de coabitação.

Vê-se que a configuração de união estável depende, em verdade, do entendimento do magistrado de acordo com o caso concreto. Por meio de regras de equidade e levando em conta os precedentes jurisprudenciais existentes, o magistrado irá decidir se está diante de uma união estável ou não.

Mas a evolução da sociedade não modificou apenas as modalidades de família: culminou com o surgimento de toda a sorte de relacionamentos amorosos – ou não amorosos. Atualmente, fala-se em namoro e em relações casuais, que não envolvem qualquer tipo de comprometimento. Também existe um meio termo, relações que não chegam a ser um namoro, mas que também não apresentam tanta casualidade – popularmente identificadas pelo verbo “ficar”. Sobre essa última modalidade de relacionamento, ensina Xavier (2011, p. 50):

Outra modalidade relacional que se desenvolve na sociedade hedonista e resistente à frustração sob o preceito de se aproximar e obter prazer sem se comprometer é o "ficar com". Segundo a psicóloga Jaqueline Cavalcanti, o "ficar com" serve para matar a carência do indivíduo, que não está, na maior parte das vezes, preocupado com a satisfação das expectativas do outro parceiro. O "ficante" é tratado como mero objeto, sujeito a trocas a qualquer momento.

Apesar da diversidade existente, o presente trabalho se limita ao estudo da relação conhecida como namoro, pois é esta relação afetiva que dá ensejo ao contrato de namoro, cuja validade é objeto deste trabalho.

Embora pareça imprescindível, questiona-se a possibilidade de conceituar o namoro, pois não há requisitos mínimos para sua configuração. Um namoro pode apresentar todo o tipo de características: pode ser entre duas ou mais pessoas⁴, o casal pode viajar juntos, dividir feriados, conhecer a família um do outro, ter um animal de estimação em comum, fazer

⁴ Sem adentrar muito ao tema, que não é objeto deste estudo, é necessário fazer um curto comentário. Por mais que o conceito moral predominante atualmente no Brasil proponha a monogamia, não devemos nos esquecer de que a moral é subjetiva: o que não é moral para uns, pode ser para outros. De qualquer modo, tendo em vista que o direito é a norma, e não a moral, é preciso frisar que não há vedação legal para o relacionamento informal entre mais de dois indivíduos.

doações um ao outro, pernoitar na residência do outro, entre outros, ou simplesmente não apresentar qualquer dessas características. A própria duração é muito instável: existem pessoas que namoram por três meses e outras que namoram por seis anos, sem que necessariamente configure um relacionamento casual ou uma união estável.

Ademais, o namoro pode envolver características tão próprias de cada casal, tantas formas de afetividade diversas, que se trata de um relacionamento muito subjetivo, que difere para cada casal. Assim, questiona-se a possibilidade de conceituar o namoro ou instituir requisitos específicos.

Como se pode ver, é muito difícil diferenciar namoro de união estável e delimitar quando um relacionamento deixa de ser um namoro para se tornar união estável, notadamente porque quase todas as uniões estáveis iniciam com o namoro e, com o passar do tempo e o surgimento dos demais requisitos, evoluem para uma união estável. Xavier (2011, p. 105-106) explicita a dificuldade em diferenciar o namoro da união estável:

Assim, o casal de namorados vivencia hoje experiências que só poderiam ser tidas após o casamento, tais como viagens, relações sexuais, coabitação, entre outras. Ademais, o namoro não é mais encarado como mero período experimental que conduz necessariamente ao casamento. Pode-se dizer que ganhou contornos autônomos, o que faz com que casais optem por vivenciar namoros de longos anos. Ocorre que, por vezes, esse relacionamento é tomado por uma complexidade tão grande que o leva a ser confundido com uma união estável, fazendo com que ao namoro sejam imputadas as consequências jurídicas que o reconhecimento desta entidade familiar necessariamente conduz.

Madaleno (2011, p. 1.081) diferencia namoro de união estável por meio dos critérios da estabilidade, comunhão plena de vida e ânimo de constituir família. Dias (2011, p. 186) os distingue pelo nível de comprometimento do casal. Por fim, para Gonçalves (2011, p. 615), o que os diferencia é o ânimo de constituir família.

Quanto ao ânimo de constituir família, atenta-se para o fato de que um namoro pode apresentá-lo a longo prazo, ou seja, o casal pode pretender constituir família em um eventual futuro em comum, mas não no presente. Isso deixa ainda mais nebulosa a transição, notadamente diante de uma união estável que surge quando um namoro vai se prolongando, sem que o casal sequer tenha consciência de que pode estar vivendo em união estável.

Importa mencionar também a relação entre os relacionamentos interpessoais e a evolução tecnológica. Antigamente, os casais se viam menos, os diálogos eram menores e mais raros. Atualmente, há muita facilidade em contatar uma pessoa: os celulares ficam

ligados à internet ininterruptamente; as operadoras de telefonia fornecem planos de celular a quem quiser obtê-los, por preços cada vez mais acessíveis; o próprio aparelho celular apresenta valores cada vez mais baixos e qualidade cada vez melhor, sendo de fácil aquisição; os aparelhos de celular contam com todo o tipo de função para o contato entre pessoas, como, por exemplo, mensagens de texto e de imagem, ligações de áudio e vídeo e internet wireless; o surgimento das redes sociais e de programas especializados, cite-se como exemplo o *orkut*, *facebook*, *instagram*, *whatsapp*, *skype*, entre outros; os computadores e notebooks estão se alastrando pelos ambientes de trabalho, que também possuem internet ininterrupta e, muitas vezes, acesso a redes sociais; entre outros.

Por meio das redes sociais, é possível manter contato com pessoas que não se vê há anos, rever parentes distantes, conhecer pessoas, conversar diariamente com amigos e familiares, e assim por diante. As redes sociais estão diretamente ligadas ao assunto deste trabalho, pois têm facilitado o surgimento e manutenção dos namoros e, principalmente, têm ajudado na formação do requisito da união estável conhecido como notoriedade.

As redes sociais possibilitam que se saiba quem se relaciona com quem e, em alguns casos, que tipo de relacionamento é este; em outros casos, não é possível identificar as características do relacionamento havido entre o casal, diante da discricção deste. Cite-se aqui como exemplo o aplicativo *facebook*, que permite a inserção de informação quanto ao “status de relacionamento” do usuário, que pode ser: “solteiro”, “em um relacionamento aberto”, “em um relacionamento enrolado”, “em um relacionamento sério”, “noivo”, “casado”, “separado”, “divorciado” ou “viúvo”. O programa também permite identificar qual a pessoa com quem se mantém esse relacionamento, surgindo na página do usuário um *link* direto para o perfil do indivíduo indicado.

Questiona-se a valoração jurídica das informações contidas em redes sociais para fins de instrução processual e convencimento do magistrado. Como bem se sabe, o juiz é dotado de livre convencimento, segundo o qual tem liberdade para valorar as provas produzidas, devendo fundamentar seu entendimento⁵. Nesse caso, o significado, por exemplo, de “em um relacionamento enrolado”, vai depender das regras de experiência do magistrado e de ponderação diante do caso concreto.

⁵ O Código de Processo Civil brasileiro adotou o sistema de valoração da prova conhecimento como Livre Convencimento Motivado ou Persuasão Racional em seu artigo 131, que prescreve: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, 1973).

Essa ausência de critérios e possibilidade de entendimentos divergentes por parte dos magistrados gera insegurança nos jurisdicionados. Talvez fosse interessante que os tribunais superiores estabelecessem precedentes “sólidos”⁶ quanto ao prazo para configuração da união estável ou outros requisitos; no entanto, diante de tudo que já foi discutido, da pluralidade de modalidades de relacionamentos e individualidade dos casos concretos, não se olvida da dificuldade de estabelecimento de um precedente, pois seria impossível estabelecer precedentes para todos os casos concretos que envolvem a caracterização de união estável.

Portanto, a equidade e a ponderação em face do caso concreto são essenciais na verificação da presença dos requisitos da união estável ou da existência de um namoro. Seja qual for o entendimento do magistrado, não poderá esquecer que todos os indivíduos estão garantidos pelo direito ao livre planejamento familiar, previsto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal⁷ e de que a formação da família tem como base os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

3 O CONTRATO DE NAMORO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

O contrato⁸ de namoro é negócio jurídico realizado entre indivíduos⁹ que manifestam a vontade de manter entre si um relacionamento concebido por eles como namoro. Esse contrato pode ser firmado pelos mais variados motivos, mas geralmente objetiva declarar que os contratantes não têm intenção de constituir família – ao menos em um primeiro momento, quando da assinatura do contrato.

Stolze (2013) conceitua o contrato de namoro como sendo “um negócio celebrado por duas pessoas que mantém relacionamento amoroso – namoro, em linguagem comum – e

⁶ Diz-se “sólido” porque é notória a divergência de entendimentos dentro de um mesmo tribunal sobre um mesmo assunto, o que dificulta o posicionamento dos magistrados e frustra a possibilidade de previsibilidade para nortear os jurisdicionados.

⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 1988).

⁸ Muito embora seja de extrema relevância a natureza jurídica desse contrato (se típico ou atípico), tal análise não será feita nesse trabalho, tendo em vista a necessidade de aprofundamento no estudo da matéria que renderia, por si só, um artigo próprio.

⁹ Com a cautela que o tema exige – pois não se duvida da multiplicidade de posicionamentos sobre o tema –, ousa-se afirmar que o número mínimo de indivíduos contratantes seria dois, tendo em vista a figura conhecida como poliamorismo.

que pretendem, por meio da assinatura de um documento, a ser arquivado em cartório, afastar os efeitos da união estável”.

A tendência da doutrina e da jurisprudência brasileira é rechaçar o contrato de namoro por entender que constitui fraude à lei, uma vez que, supostamente, teria por objetivo afastar a união estável. Assim, geralmente entende-se que o contrato de namoro é nulo, pois as normas que regem a união estável são indisponíveis. Já se manifestaram nesse sentido Rolf Madaleno (2011, p. 1.082), Pablo Stolze Gagliano (2013) e Maria Berenice Dias (2011, p. 186).

Em sentido contrário à corrente doutrinária tradicional, há o entendimento pioneiro de Marília Pedroso Xavier (2011, p. 106) de que o contrato de namoro não deve ser considerado sempre nulo, pois expressa a vontade das partes, em respeito à autonomia privada e dignidade da pessoa humana.

Como se verá adiante, o contrato de namoro não pode ser concebido como nulo de plano, por vários fundamentos: o direito de não constituir família, a liberdade, o livre planejamento familiar, a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade, o direito à felicidade, a presunção de boa-fé, a evolução social, entre outros.

Como bem se sabe, o artigo 104 do Código Civil¹⁰ traz requisitos para a validade do negócio jurídico, quais sejam agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei e objeto lícito, possível, determinado ou determinável. A suposta nulidade do contrato de namoro consistiria justamente no objeto ilícito, uma vez que a norma referente aos requisitos da união estável é cogente. Todavia, como se verá adiante, o objeto é (inicialmente) lícito.

A Constituição Federal tutela todas as novas e diferenciadas modalidades de família, o que pode ser extraído dos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e afetividade. Até aqui não há novidade, pois a doutrina civilista já reconhece a pluralidade de famílias e o fenômeno da constitucionalização do direito civil, como visto. Todavia, um dos direitos mais importantes é tão óbvio que não costuma ser abordado pelos juristas: o direito de não constituir família. Preocupa-se tanto em discutir o direito a constituir e desconstituir família que se ignora o basilar direito de não constituí-la.

A existência desse direito – que se estende a todos – é tão natural, inevitável e incontestável que a doutrina pátria não se preocupa em debatê-lo. Isso é compreensível por

¹⁰ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, 2002).

dois motivos: a) porque a maioria das lides envolve o direito de constituir ou desconstituir família; b) porque são poucas as situações jurídicas relevantes que esse direito envolve – cite-se aqui, como exemplo, o bem de família de pessoa solteira e o próprio contrato de namoro.

O fato de tal direito ser tão essencial ou básico e de gerar poucas discussões doutrinárias e jurisprudenciais implica, muitas vezes, em seu esquecimento. O direito de não constituir família é deixado de lado, assim como, analogicamente, acontece com o direito de não possuir religião. Sabe-se que a Constituição Federal garante a todos a liberdade de crença religiosa, o que, necessariamente, implica também no direito de simplesmente não possuir uma crença religiosa. O mesmo ocorre com o direito de constituir família: todo ser humano possui o direito de não fazê-lo, pois está diretamente ligado aos direitos fundamentais da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

O contrato de namoro consiste justamente em uma manifestação de vontade e exercício do direito de não constituir família. Obviamente, esse direito não é absoluto e encontra limites na lei, assim como acontece com o direito de constituir e desconstituir família. No entanto, pode ser exercido nos limites da lei.

Não há como negar a existência de autonomia privada dentro do direito de família. Deixe-se de lado, aqui, a questão acerca da natureza das normas do direito de família – se são normas de direito público ou de direito privado –, que não é objeto deste estudo. Isto porque, embora as normas de caracterização da união estável sejam cogentes, está dentro da esfera de privacidade e intimidade do indivíduo decidir que tipo de relacionamento manterá e com quem. Vale dizer, assim como as normas da união estável são de ordem pública, os direitos do indivíduo relacionados à liberdade de escolha familiar também o são.

A impossibilidade de ingerência do Estado na autonomia privada dos indivíduos está garantida nos artigos 1º, inciso III¹¹, 5º, *caput*¹², e 226, §7º, da Constituição Federal, assim como no artigo 1.513 do Código Civil¹³. Atualmente, estamos diante de um Estado social, que deve garantir e proteger a família, e não de um Estado intervencionista, que limita o exercício

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 1988).

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 1988).

¹³ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. (BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 2002).

da liberdade do indivíduo dentro da família. Mesmo porque o objetivo desta é alcançar a felicidade por meio da afetividade, ambos conceitos subjetivos que diferem em cada ser humano.

Nesse sentido, Pereira (2005, p. 153) afirma que “não se deve confundir, pois, esta tutela com o poder de fiscalização e controle, de forma a restringir a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos indivíduos”. Para o autor, o princípio da autonomia privada como instrumento de freios e contrapesos da intervenção do Estado está fundado nos direitos à intimidade e liberdade, que resultam da personificação do indivíduo (PEREIRA, 2005, p. 162).

Segundo Oliveira (2002, p. 281), “o Estado atual, nos moldes traçados pela Constituição Federal, está estruturado para garantir liberdade e felicidade e, jamais poderia atingir este desiderato através de ingerências na família”.

Afinal, não há como controlar a afetividade. Ninguém é legalmente obrigado a manter determinado relacionamento com alguém, pois não compete ao Estado impedir o exercício do direito de não constituir família ou obrigar o exercício do direito de constituí-la.

Xavier (2011, p. 106) defende justamente a observância do elemento volitivo das partes em constituir família. Para a autora, o contrato de namoro traduz exercício da autonomia privada do casal e do princípio da dignidade da pessoa humana:

O relevo dado à vontade das partes é coerente com o transcurso operado do modelo transpessoal ao eudemonista de família. Também, encontra assento na doutrina do Direito de Família Mínimo, que defende uma intervenção estatal mínima nessa seara, ocorrendo em caráter excepcional apenas quando se configurarem situações de vulnerabilidade. Em última instância, o exercício da autonomia privada do casal se traduz na garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

O que importa não é a configuração de uma família, mas a felicidade do indivíduo. Embora não muito estudado no direito brasileiro, o princípio da felicidade está implícito na Constituição Federal e está diretamente ligado ao princípio da afetividade no que concerne ao direito de família. Afinal, a constituição de família depende da existência de afetividade entre os indivíduos e visa à felicidade do ser humano. Neste ponto, Pereira (2005, p. 180-181) lança importante questionamento:

Diante deste quadro estrutural, o que se conclui é ser o afeto um elemento essencial de todo e qualquer núcleo familiar, inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental. Mas será que o contrário é verdadeiro, ou seja, sempre que existir afetividade estará presente uma entidade familiar?

Os indivíduos possuem os mais variados interesses quanto a sua vida amorosa. Houve um tempo em que o namoro tinha como objetivo um futuro casamento ou relacionamento mais sério, mas hoje há quem namore por motivos diversos¹⁴, que não a manutenção de um relacionamento prolongado ou com ânimo de constituir família.

Como visto, a sociedade evolui e se modifica constantemente, inclusive nas questões de família e da vida amorosa do ser humano. Xavier (2011, p. 48) explica que vivemos em tempos de incerteza e inconstância das relações humanas.

O Estado não pode tutelar ou controlar os motivos pelos quais o indivíduo mantém suas relações amorosas – sob pena de violação da liberdade, da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar – pelo que não pode impedir a assinatura de um contrato de namoro, vale dizer, um contrato que deixe clara a vontade de não constituir família.

Carbonera (2008, p. 249) afirma que se reconhece “a garantia de um espaço de reserva de intimidade e de liberdade na família, espaço relacional que também é de poder, de autoridade, de crescimento, de igualdade, de autonomia”.

A felicidade é subjetiva, difere em cada indivíduo. Se cada indivíduo vê felicidade em um determinado modelo de vida amorosa ou mesmo em não possuir um relacionamento amoroso ou duradouro, não cumpre ao Estado obrigá-lo a fazê-lo, sob pena de adentrar a autonomia privada da pessoa.

Faz parte da dignidade da pessoa humana e da liberdade definir a própria vida amorosa, escolher constituir família ou não. Neste diapasão, o contrato de namoro é uma manifestação de vontade que não pode ser desconsiderada, pois o indivíduo tem o direito de gerir a própria vida privada, de expressar afeto do próprio modo, este individual de cada ser humano.

O artigo 226, § 7º, da Constituição Federal expressamente prevê o direito ao livre planejamento familiar¹⁵, o qual engloba o direito de não constituir uma família, de namorar, de desconstituir família, de viver em união estável, de casar, entre outros. Esse artigo é a

¹⁴ Por exemplo, cite-se a solidão, a conveniência, a amizade ou o desejo sexual.

¹⁵ Com relação a esse princípio, a maioria da doutrina aborda tão somente a questão dos filhos. No entanto, acredita-se que o legislador constituinte não instituiu tal princípio visando somente ao planejamento do número de filhos e sua criação, mas também ao modo de vida do casal. Afinal, uma família não inicia somente com o nascimento dos filhos, mas sim muito antes, com o planejamento da vida em comum do casal. Aliás, a família singular também possui direito ao livre planejamento familiar, surgindo o direito quando ela se forma e iniciando-se o seu exercício já no instante em que decide ser singular.

aplicação pura dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da afetividade e da felicidade ao direito de família.

Cumpra mencionar a existência de importante precedente¹⁶ no sentido de que os indivíduos têm liberdade para gerir a própria vida amorosa. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70006235287, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 2004) decidiu que:

O Estado-Juiz deve ter um certo pejo para intervir na vida privada das pessoas e dizer que, embora não tenham casado, obtiveram os efeitos plenos de um casamento. Antes e acima de tudo, deve ser respeitada a opção das pessoas, a liberdade individual de cada um constituir a forma de relacionamento que melhor lhe aprouver, indagando, com muita cautela, as razões pelas quais essas pessoas teriam optado por não casar, podendo fazê-lo, mas não o fazendo. E, por isso, só reconhecendo a união estável em situações em que ela esteja palpitante na prova dos autos, nunca em situações dúbias, contraditórias, em que a prova se mostre dividida, porque assim estar-se-á casando de ofício quem não o fez motu proprio.

Como se vê, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos entendeu que, antes da incidência da legislação, é necessário verificar a opção dos indivíduos, por conta da liberdade de instituir um relacionamento da forma que convier, devendo o magistrado atentar para as razões pela qual os indivíduos não optaram pelo casamento. Segundo o precedente, a união estável só deve restar caracterizada quando houver prova cabal da presença de seus requisitos; na dúvida, deve ser afastada a declaração de união estável, para que se evite o casamento de ofício de indivíduos que não o fizeram por vontade própria.

Defendendo posicionamento contrário, Tartuce (2013, p. 1.177) afirma que deve ser aplicada a máxima *in dubio pro familia* caso haja dúvida diante do caso concreto. Todavia, entende-se que a Constituição Federal de 1988, por consagrar os princípios do livre planejamento familiar, liberdade e dignidade da pessoa humana e, portanto, tutelar o ser humano individualmente, se aproxima mais do precedente mencionado do que da aplicação da máxima *in dubio pro familia*¹⁷.

No precedente mencionado sequer havia um contrato de namoro para justificar a dúvida na manifestação de vontade das partes. Uma vez presente o contrato de namoro em um caso concreto como este, é evidente que a aplicação prática dos princípios constitucionais já mencionados exige a adoção do mesmo raciocínio aplicado pelo Relator, vez que o contrato

¹⁶ Já citado por XAVIER, 2011, p. 96.

¹⁷ Mesmo porque essa máxima não se aplica em casos de dúvida quanto à caracterização da união estável, mas sim em casos de casamento nulo ou anulável, como, por exemplo, no casamento putativo, nuncupativo ou celebrado por autoridade materialmente incompetente.

de namoro traz manifestação de vontade em sentido contrário ao ânimo de constituir família, ao menos em um primeiro momento.

Há divergência sobre se o indivíduo que vive sozinho forma uma família singular ou se, simplesmente, não constitui família. Se considerarmos que é uma família singular, esse indivíduo possui tanta proteção do Estado quanto qualquer outra modalidade de família; se pensarmos que não configura família, trata-se de um indivíduo exercendo seu direito de não constituí-la, o que não afasta o seu direito de livre planejamento familiar¹⁸.

Como visto, o Código Civil ainda apresenta um aspecto patrimonialista, em que pese as diretrizes de afetividade trazidas pela Constituição Federal de 1988. Segundo Oliveira (2002, p. 239), “fundado numa estrutura onde o que menos importava era o elemento afetivo entre os membros familiares, preocupou-se o legislador do Código Civil, via de regra, com outros aspectos, dando especial e indisfarçável relevo ao patrimonial”.

Presumir que o contrato de namoro é nulo de pleno direito é justamente uma decorrência dessa faceta patrimonialista do Código Civil: limita-se a vida privada do indivíduo, suas manifestações de vontade e seu direito à liberdade, felicidade e de não constituir família em nome de vedar uma suposta blindagem patrimonial ocorrida com a fuga da união estável. No entanto, esquece-se que cada vez mais se está valorizando o patrimônio em detrimento da afetividade no direito civil, e que há uma razão para que os indivíduos fujam da união estável (GAGLIANO, 2013).

Sabe-se que a constituição e a desconstituição de família podem gerar enriquecimento sem causa, em razão dos aspectos patrimoniais dos institutos; é inegável que, muitas vezes, a família surge em razão de “golpes patrimoniais” e visando unicamente à distribuição de renda, aos arrepios do que é idealizado pela Constituição Federal. Ora, o direito deve acompanhar a sociedade. Conforme Pereira (2005, p. 166), “a vida como ela é vem antes da lei jurídica”.

E a realidade atual é que o excessivo protecionismo à suposta frágil figura do cônjuge economicamente hipossuficiente tem possibilitado uma equivocada distribuição de renda e o benefício da má-fé. Vale dizer, as pessoas têm constituído união estável unicamente

¹⁸ Não é difícil imaginar que muitas pessoas desejem ter um relacionamento de namoro com alguém sem possuir pretensões futuras, ou seja, sem o ânimo de constituir família; e isso não afasta o livre planejamento familiar, pelo contrário, é o seu exercício.

para garantir a própria subsistência, visando aos efeitos patrimoniais da união estável¹⁹, pois é de conhecimento notório que esta, em regra, apresenta o regime de comunhão parcial de bens, e que há possibilidade de distribuição de patrimônio ou pensão alimentícia com sua desconstituição – independentemente da afetividade (SILVA, 2013), o que não se pode admitir.

Nesse sentido, Oliveira (2002, p. 244) afirma que “deferir a partilha de bem adquirido em espaço de tempo onde não havia ‘partilha’ da afeição, é, a nosso ver, uma situação extremamente injusta e que conflita com os valores da consciência social”.

As regras concernentes aos alimentos e ao regime de bens não evoluíram com a Constituição Federal de 1988 e a afetividade sequer tem papel de parâmetro nas regras desses institutos (LÔBO, 2013). Nesse ponto, importa mencionar relevante precedente de relatoria da Ministra Nancy Andriahi, no qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu que os alimentos prestados a cônjuge não devem perdurar indefinidamente e exigem efetiva necessidade do alimentando, que não tem condições de subsistir por conta própria (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 933.355-SP, Relatora: Min. Nancy Andriahi, 2008).

Como visto, não há critério de tempo determinado para a caracterização da união estável; é necessária a ponderação do juiz, que decide de acordo com regras de equidade ou precedentes jurisprudenciais. Essa incerteza abre espaço para o surgimento das mais diversas decisões, e tem assustado os indivíduos que só pretendem namorar e não constituir família, pois o prazo não necessariamente significa ânimo de constituir família.

Tem-se entendimentos em diversos sentidos do que poderia configurar o ânimo de constituir família: a divisão de residência, a doação de bens entre os indivíduos, o tempo de duração do relacionamento, a gravidez, entre outros. A afetividade tem sido raramente considerada dentro desses fatores. Como se vê, não se sabe o que esperar do Poder Judiciário no que concerne a uma decisão de declaração de união estável.

Assim, o contrato de namoro – frise-se, em um primeiro momento – afasta possíveis declarações de união estável por meio da manifestação de que não há ânimo de constituir família, vale dizer, afasta um dos principais requisitos da união estável.

De mesmo modo, sabe-se que o contrato de namoro pode ser utilizado por indivíduos de má-fé com o único fim de afastar os efeitos patrimoniais da união estável, justamente

¹⁹ Sabe-se que, muitas vezes, o requerimento da declaração de união estável vem apenas com o fim do relacionamento, visando unicamente à obtenção de renda do(a) ex-companheiro(a) ou vingança de uma das partes.

porque esta já está caracterizada. Todavia, isso não significa que o contrato necessariamente será firmado para atingir esse objetivo ilegal. Sabe-se que a má-fé não se presume, se comprova; o que vige no ordenamento jurídico brasileiro é a cláusula geral de presunção de boa-fé, que, por ser relativa, pode ser afastada com prova em contrário.

A presunção de má-fé é excepcionalíssima e depende de previsão legal. Todavia, estranhamente, os juristas têm aplicado essa presunção ao contrato de namoro, impondo a ele uma nulidade absoluta de plano. O equívoco desse raciocínio resta evidenciado após questionarmos quais contratos subsistiriam se todos que pudessem gerar fraude fossem nulos somente por permitirem tal possibilidade. Mesmo porque o contrato de namoro não possui somente uma faceta de possível ilegalidade, pelo contrário, garante os direitos constitucionais já mencionados.

É evidente que o contrato de namoro será nulo se for comprovada a má-fé, a vontade de fraudar a lei diante da presença dos requisitos da união estável²⁰. No entanto, enquanto a prova não for feita, o contrato é válido, pois consiste em exercício dos direitos fundamentais mencionados. A simples existência de um contrato de namoro não afasta a configuração da união estável, mas, em um primeiro momento, denota a ausência de um de seus requisitos – o ânimo de constituir família –, admitindo-se prova em contrário.

Com a comprovação da fraude ou má-fé, o contrato é declarado nulo; com a prova da presença dos requisitos da união estável, principalmente do ânimo de constituir família, deve ser declarada a união estável e o contrato deixa de produzir efeitos.

Inclusive, deve-se atentar para a possibilidade de que, com o passar do tempo, haja o aprofundamento da relação entre o casal de namorados, configurando ânimo de constituir família e, conseqüentemente, a união estável. Também pode haver a rescisão do contrato pelo casamento ou declaração de união estável entre os contratantes, atos estes incompatíveis com a existência de um contrato de namoro. Mesmo que não haja a rescisão, nesses casos o contrato deixa de produzir efeitos.

Vale dizer, o contrato pode ser anulado pelo Poder Judiciário se comprovada a presença de vício, pode ser rescindido por vontade das partes ou simplesmente deixar de produzir efeitos, caso surjam ou estejam presentes os requisitos da união estável.

²⁰ Diante da previsão do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, entende-se que o ônus da prova é de quem alega a nulidade do contrato de namoro. Vejamos a redação do artigo: Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, 1973).

Vê-se que o contrato não apresenta uma declaração absoluta e imutável de vontade, não é permanente. Uma vez submetido ao Poder Judiciário, deve haver deliberação do magistrado no sentido de anulá-lo ao visualizar eventual fraude –quando haja o único objetivo de afastar os efeitos da união estável já configurada. Todavia, deve haver ponderação diante dos direitos fundamentais envolvidos.

Frise-se, o contrato de namoro não deve gerar nulidade ou validade absoluta; assim como qualquer outro contrato de natureza civil, submete-se ao controle de legalidade do Poder Judiciário.

O contrato de namoro não deve ser considerado nulo de plano, sua validade deve ser aferida diante do caso concreto. Nem todos os indivíduos possuem interesse em constituir família, nem todos possuem as mesmas intenções, nem todos agem de má-fé. Cada ser humano vê felicidade em situações diferentes e sua afetividade surge ou desaparece por motivos e de modos diversos. Portanto, a validade do contrato deve ser julgada de acordo com o caso concreto que regulamenta, após a propositura de ação declaratória de nulidade do contrato e/ou visando à declaração de união estável, não se devendo presumir absolutamente nulo e nem absolutamente válido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato de namoro visa declarar uma relação de namoro entre os contratantes, sem ânimo de constituir família. A doutrina majoritária o considera nulo, por entender que visa unicamente a afastar a união estável e que essas normas não podem ser afastadas por disposição das partes, por se tratar de normas de ordem pública.

No entanto, o contrato de namoro não pode ser considerado nulo de plano, pelos seguintes fundamentos: a) é exercício dos direitos constitucionais de não constituir família, da dignidade da pessoa humana, livre planejamento familiar, felicidade, afetividade, autonomia privada e liberdade; b) a má-fé não se presume, se comprova, pois vige a regra da presunção de boa-fé; c) há importante precedente no sentido de que, na dúvida, deve-se analisar os motivos que levaram o indivíduo a não se casar, mesmo podendo, e não casá-lo de ofício; d) o contrato de namoro, em um primeiro momento, afasta o requisito do ânimo de constituir família, imprescindível para a caracterização de união estável; e) é necessário comprovar a presença dos requisitos da união estável e/ou o vício do contrato de namoro, ônus da parte que

pretende a declaração de união estável e/ou alega a nulidade do contrato em juízo; f) o contrato de namoro não é eterno e nem absoluto, pode ser rescindido por vontade das partes, deixar de produzir efeitos por ato incompatível com sua declaração ou ser anulado por decisão judicial; g) vivemos em uma sociedade plural e diversificada, na qual cada indivíduo vê felicidade em situações diversas, não se podendo impor a ele um relacionamento do qual não pretende participar.

Conclui-se que o contrato de namoro afasta, em um primeiro momento, o requisito do ânimo de constituir família, pois se trata de manifestação de vontade dos contratantes no sentido de que só têm intenção de namorar. No entanto, como existe a possibilidade de que haja fraude à lei, se levado a conhecimento do Poder Judiciário, é imprescindível a ponderação do magistrado diante do caso concreto.

Nessa ponderação, o magistrado deverá levar em conta os princípios constitucionais da liberdade, afetividade, livre planejamento familiar, felicidade e dignidade da pessoa humana; se houver prova inconteste de que o contrato foi firmado com o intuito de afastar os efeitos da inconteste união estável, o juiz deverá decretar a nulidade do contrato e declarar a união estável entre as partes; em caso de dúvida sobre a intenção de fraude ou da ausência dos requisitos da união estável, deve-se considerar válido o contrato de namoro e afastar a declaração de união estável.²¹

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 4 dez. 2013.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm> Acesso em: 5 dez. 2013.

BRASIL. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm> Acesso em: 5 dez. 2013.

BRASIL. Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm> Acesso em: 5 dez. 2013.

²¹ Versão em português recebida em 15/04/2014, aceita em 09/07 /2014, e autorizada para publicação em 12/12/2014

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 5 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito civil. Família. Revisional de alimentos. Resp n. 933.355-SP. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. J. 25.03.08. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 4 dez. 2013.

CALDERÓN, R. L. Famílias: afetividade e contemporaneidade – para além dos códigos. In: **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. TEPEDINO, G.; FACHIN, L.E. (Orgs). Curitiba: Juruá, 2011.

CARBONERA, S. M. **Reserva de intimidade**: uma possível tutela da dignidade no espaço relacional da conjugalidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de namoro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8319/contrato-de-namoro>> Acesso em: 8 abr. 2013

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v.6. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, P. L. N. **Direito civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARTINS-COSTA, J. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, J. S. de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, R. C. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PINHEIRO, Luiz Claudio. **História do novo código civil**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/25690.html>> Acesso em: 5 jun. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70006235287. 7ª C.Civ. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. J. 16.06.04. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 12 jun. 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Namoro e união estável**: confusões. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=128>> Acesso em: 12 jun. 2013.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, S. S. **Direito civil**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

XAVIER, M. P. **Contrato de namoro**: amor líquido e direito de família mínimo. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.